

J. rom. 97
539-2

Zur Lehre
vom
depositum irregulare.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der Würde eines Doctors beider Rechte
der

hohen staatswissenschaftlichen Facultät

der

Universität Zürich

vorgelegt

von

Walter Witzig

von Dachsen (Rheinfall)

Ct. Zürich.

Andelfingen.

Buchdruckerei von W. Hepting.

1888.



Seinem hochverehrten Lehrer

Herrn Professor Dr. jur. ALB. SCHNEIDER

gewidmet.

§ 1.

Einleitung.

(Die verschiedenen Theorien über das depositum irregulare.)

Der gewöhnliche Hinterlegungsvertrag, depositum regulare, ist der Vertrag, durch welchen eine bewegliche Sache einem andern übergeben wird zum Zwecke der Aufbewahrung, mit der Verpflichtung des Empfängers, die Sache unentgeltlich aufzubewahren und dieselbe jederzeit auf Verlangen wieder zurückzugeben.

Die Verpflichtung zur Aufbewahrung ergibt sich schon aus der Intention der Parteien, die Verpflichtung, dieselbe species zurückzugeben, fixirt nur die Grenzen dieses Vertrages, der desshalb zum Unterschied des hier zu behandelnden Aufbewahrungscontractes „reguläres“ Depositum benannt wird.

Das periculum trägt in diesem Fall der Hinterleger, Depo-
nent; der Empfänger, depositar, haftet nur für dolus und culpa lata.

Wird aber Geld, oder andere Fungibilien, zum Zwecke der Aufbewahrung übergeben, mit der Verpflichtung des Empfängers, nicht dieselben Stücke, wohl aber dieselbe Quantität und Qualität, zurückzugeben, so liegt jenes Rechtsverhältniss vor, welches die neuern Juristen depositum irregulare nennen.

Umfang und Geltung dieses Begriffes ist sehr bestritten, doch lassen sich unter den Meinungen der Rechtsgelehrten drei grössere Gruppen unterscheiden, wobei aber immerhin innerhalb dieser Gruppen sich wieder kleinere oder grössere Abweichungen zeigen.

A. Den Standpunkt der ersten Gruppe hat die herrschende Lehre inne. Dieselbe nimmt überall da ein depositum irregulare an, wo Geld hinterlegt wird in der Meinung, dass nur tantundem zu restituiren sei, oder wo zu der Deposition die Erlaubniss

(sogleich oder später) hinzutritt, das deponirte Geld für sich zu gebrauchen. Am weitesten gehen in dieser Richtung Dernburg und andere,¹⁾ welche in obigen Fällen immer, und zwar von Anfang an, ohne Rücksicht auf wirkliche Ausübung des Gebrauchs des deponirten Geldes, die Existenz dieses Contractes behaupten und jedesmal auch sofortigen Uebergang von Gefahr und Eigentum auf den Depositar annehmen.

So sagt *Dernburg*:¹⁾ „Ein unregelmässiges Depositum gilt als beabsichtigt, wenn Geld unverschlossen deponirt wird. Es ist auch möglich, dass auf Grund einer Ermächtigung des Deponenten ein reguläres Depositum an Geld später in ein irreguläres verwandelt wird“. — „Das irreguläre Depositum ist dem Darlehn ähnlich. Insbesondere trägt der Depositar die Gefahr wie beim Darlehn, allein der Zweck ist ein anderer, nämlich nicht Leihe, sondern Aufbewahrung“.

Ebenso *Vangerow*:¹⁾ „Es kann Geld in der Weise deponirt werden, dass es dem Depositar nicht etwa versiegelt übergeben, sondern nur zugezählt wird, und diese Geschäftsform kommt auch heut zu Tage sehr häufig dann vor, wenn man Gelder, die man in jedem Augenblick disponibel haben und darum nicht ausleihen will, bei einem Banquier deponirt. Hier ist nun das eigentliche Gebiet des depositum irregulare. Zergliedert man nämlich ein solches Geschäft, so ist es seinem Grundcharacter nach offenbar ein Depositum; man will im Wesentlichen nichts als sein Geld der grössern Sicherheit wegen in fremden Gewahrsam bringen. Aber man will, so zu sagen, nur die Summe, nicht die einzelnen Geldstücke deponiren, und wenn der Depositar nur dafür sorgt, dass in jedem Augenblicke die hingegebene Summe von ihm erhoben werden kann, so mag er über die hingegebenen Geldstücke nach Belieben disponiren, denn dass es dem Deponenten auf die letztern nicht ankommt, zeigt sich ja darin, dass er sie offen dem Depositar hinzählt. Gerade in dieser letzteren Beziehung nähert sich unser

¹⁾ *Dernburg*: Lehrbuch der Pandekten. II. § 212. Seuffert's Archiv: XVI. pg. 211.

Huschke: Lehre des röm. Rs. vom Darlehn pg. 23. Stuttgart 1882.

Vangerow: Lehrbuch der Pandekten VI. Aufl. Bd. III. pg. 432 und

Mühlhäuser: Umfang und Geltung des depositum irregulare. Erlangen 1879.

Geschäft nun allerdings dem mutuum, indem dort, wie hier, der Empfänger Eigentümer wird, und auch die Gefahr auf ihn übergeht; aber in allem Uebrigen ist es doch ein wahres Depositum, und ganz nach den Grundsätzen des letztern zu behandeln“. —

Aehnlich die Uebrigen sub ¹⁾ Citirten.

Den gleichen Standpunkt nimmt *Brinz*²⁾ ein, nur dass er in Betreff des Uebergangs des periculum von den vorherigen abweicht. Er schreibt:

„Allein ausnahmsweise über die Grenzen des eigentlichen Depositums hinaus ist auch da noch vom Depositum die Rede (sg. depositum irregulare) und depositi actio möglich, wo Deposition von Quantitäten vorausgesetzt, bloss in gleicher Quantität und Qualität (tantundem) zurückerstattet zu werden braucht; nur muss, damit noch etwas vom Depositum übrig, und kein Darlehn da sei, der Anstoss zum Geschäft vom Deponenten und dessen Bedürfniss ausgehn; *der Uebergang von Besitz und Eigentum, nebst dem hiemit verbundenen periculum, kann auch erst von dem Augenblicke da sein, da Depositär von der ihm eingeräumten Verbrauchsbefugnis Gebrauch macht.*“

Noch mehr in dieser Gruppe weicht *Windscheid*³⁾ von den erstern ab:

„Bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen kann ausgemacht werden, *dass der Empfänger Eigentümer derselben werden und nur verpflichtet sein soll, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben.* In diesem Fall trägt der Empfänger die Gefahr des Hinterlegten, hat aber dafür auch den Vorteil des Gebrauchs, ohne dass jedoch Ausbedingung einer Zinsvergütung für diesen Vorteil ausgeschlossen ist. Von dem Darlehn unterscheidet sich dieses Geschäft durch die Verschiedenheit seiner Intention, und es steht daher auch im Einzelnen unter dem Recht nicht des Darlehns, sondern des Hinterlegungsvertrages. Wenn ausgemacht wird, *dass der Empfänger nach seinem Belieben entweder das Hinterlegte, oder eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückgeben könne, so liegt zunächst eine gewöhnliche Hinterlegung vor, die aber dadurch, dass*

²⁾ *Brinz*: Lehrbuch der Pandekten. Bd. II. pg. 602.

³⁾ *Windscheid*: Lehrbuch der Pandekten. II. § 379.

der Empfänger das Hinterlegte als das Seinige zu behandeln anfängt, zu dem hier betriebenen Geschäfte wird“.

Ungefähr auf demselben Standpunkt steht Schmid⁴⁾ in seiner Abhandlung über das depositum irregulare, wenn er in der Aufzählung der Resultate seiner Untersuchung unter II. behauptet: „Wenn eine fungible Sache, mit der Verabredung »ut tantundem solveretur« deponirt worden ist, so ist von Anfang an ein depositum irregulare begründet, und auf den gemachten Gebrauch kommt es hier in dieser Beziehung nicht an, aus dem Grunde, weil durch die Bestimmung »et tantundem solveretur« die deponirte Sache sofort als fungible hingegeben und empfangen, und daher dem Depositär die Möglichkeit, durch den Nichtgebrauch jener Sache dieselbe als eine speziell bestimmte zu behandeln und dadurch ein depositum zu erhalten, entzogen ist“.

Und dann unter VI.: „Wenn eine an sich fungible Sache in den Zustand einer speziell bestimmten versetzt, in dieser Qualität einem Depositär übergeben, diesem aber *durch die Gebrauchsgestattung die Möglichkeit eröffnet wird*, derselben die Eigenschaft der Fungibilität wiederzugeben, so ist natürlich bis zu dem Augenblick, in welchem der gestattete Gebrauch eintritt, ein depositum regulare vorhanden, weil bis zu jenem Zeitpunkt die deponirte Sache eine speziell bestimmte bleibt; *durch den Gebrauch aber wird eine fungible Sache Gegenstand des Depositums, und letzteres selbst von diesem Momente an ein depositum irregulare.*“

Daneben glaubt aber dieser Schriftsteller noch andere Feinheiten des Unterschieds in Betreff des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses aus den Quellen heraus machen zu müssen, Feinheiten, die die klassischen Juristen wohl kaum beabsichtigten. So unterscheidet er von dem obigen Fall sub II., wo eine fungible Sache mit der Verabredung »et tantundem solveretur« deponirt wird unter I. den Fall, wo eine *fungible Sache schlechthin als solche* deponirt worden ist, denn hier, sagt er, steht zwar dem Depositär das Gebrauchsrecht zu, aber es *entsteht erst ein depositum irregulare durch die Ausübung dieser Befugniss.*

Und dann unter III. behauptet derselbe: „Wenn vom Empfänger

⁴⁾ Schmid: Archiv für civilistische Praxis, XXX, pg. 95 ff.

auf ein Darlehn angetragen ist, welches aber erst mit einem bestimmten Zeitpunkt eintreten soll, bis zu welchem jene Sache deponirt bleibt und, *weil das Depositum bloss zum Nutzen des Depositars gereicht*, so wird dasselbe als depositum irregulare betrachtet“. (Hiebei stützt er sich auf l. 4 pr. D. de reb. cred. 12. 1).

Dagegen fährt er unter IV. fort: Wenn aber eine fungible Sache mit der sofort bei der Uebergabe und ohne Antrag des Empfängers ertheilten ausdrücklichen Gebrauchsgestattung deponirt wurde, *so liegt ein depositum regulare vor*, und erst mit dem wirklichen Gebrauch, oder mit der Erklärung des Depositars, das Gebrauchsrecht anzunehmen, geht das Depositum in ein mutuum über. (l. 10. de reb. cred. D. 12. 1).

Und dann endlich unter V. noch ein Unterschied:

„Wenn eine fungible Sache deponirt und auf Antrag des Depositars diesem sofort bei der Uebergabe der Sache, oder später, der Gebrauch derselben ausdrücklich erlaubt wird, so ist im ersten Fall sofort ein mutuum begründet, während im letzten zunächst ein depositum regulare besteht, *mit dem Zeitpunkt der Gebrauchsgestattung* aber, und nicht erst mit dem des wirklichen Gebrauchs, jenes depositum in ein mutuum übergeht. (l. 9. § 3. D. de reb. cred. 12. 1).

Mit Bezug auf diese drei letztern Punkte stellt sich Schmid jedoch teilweise auf den Standpunkt der folgenden Gruppe.

B. Die Vertreter dieser nehmen überall da ein depositum irregulare an, wo Geld, oder andere Fungibilien, in der Meinung deponirt sind, dass nur tantundem zurückzustatten und in Folge dessen also auch der Gebrauch zugelassen ist; dass dagegen da, wo Geld, oder andere Fungibilien, deponirt wird, und der Deponent dem Depositär entweder gleich bei der Deposition, oder auch nachher, den Gebrauch der deponirten Sache gestattet für den Fall, dass jener es wünsche, dass hier das Depositum in ein Darlehn übergehe, und zwar entweder sofort bei Gebrauchsgestattung, wenn nämlich der animus possidendi auf Seite des Depositars zu erkennen sei, oder dann mit wirklichem Gebrauch der Sache.

So *Arndts*⁵⁾: „— Indessen können vertretbare Sachen auch

⁵⁾ *Arndts*: Lehrbuch der Pandekten. 11. Aufl. pg. 555, Ebenso Puchta; Pandekten 4. Aufl. 1848. pg. 458.

in der Weise hinterlegt werden, dass der Empfänger nur dieselbe Summe oder Quantität zurückzugeben schuldig sein soll, und dies wird als stillschweigend verabredet angenommen, wenn eine Summe Geldes unverschlossen hinterlegt wird. Alsdann geht das Eigentum des Empfangenen, wie beim Darlehn, auf den Empfänger über, das Geschäft wird aber übrigens der Absicht der Contrahenten gemäss wie ein Depositum (sg. depositum irregulare) behandelt. Wenn dagegen bei einem regelmässigen Depositum vertretbarer Sachen dem Empfänger *erst nachher oder auch im voraus, falls er dies in Zukunft wünsche, die Erlaubniss erteilt wird, das Empfangene zu gebrauchen*, so geht im ersten Fall sofort durch die Einwilligung, im andern durch den wirklichen Gebrauch das Depositum in ein Darlehn über“.

Denselben Standpunkt nimmt *Sintenis*⁶⁾ ein, doch weicht er von den beiden vorigen in dieser Gruppe insofern ab, als er da, wo Geld in der Meinung deponirt wird, dass nur tantundem zurückzustatten, und mithin dann eine Verfügung über das Geld und somit auch ein Verbrauch durch Verausgabung in des Depositors Willkühr gestellt sei, zwar ein depositum irregulare annimmt, *den Uebergang von Eigentum und Gefahr aber erst mit dem wirklichen Gebrauch als vollzogen erklärt*.

Hieher gehört auch *Glück*⁷⁾, der zwar unrichtiger Weise die Abweichungen des depositum irregulare vom gewöhnlichen Depositum als blosser pacta adjecta bezeichnet, im übrigen aber ebenfalls wie die obigen in dieser Gruppe das einmal depositum irregulare, das andere mal Uebergang des gewöhnlichen Depositums in ein Darlehn annimmt. Er unterscheidet sich von diesen aber dadurch auch, dass er sich betreffend des Uebergangs von Gefahr und Eigentum beim depositum irregulare weder für das eine noch das andere entscheidet, sondern es auf den speziellen Fall ankommen lassen will.

Schwankend zwischen dem Standpunkt dieser und der ersten Gruppe scheint *Unterholzner*⁸⁾ zu sein, wenn er sagt:

⁶⁾ *Sintenis*: Das practische gemeine Civilrecht. 2. Aufl. II. pg. 559. ff.

⁷⁾ *Glück*: Commentar z. d. Pandekten. Bd. XV. pg. 151. 154—157 und 183 i. f.

⁸⁾ *Unterholzner*: Lehre des röm. Rs. v. d. Schuldverhältnissen Bd. II. pg. 661 i. f.

„Was anfangs ein blosses Ueberlassen zum Gewahrsam war, kann in ein Geschäft anderer Art übergehn, wenn in Folge einer zum Voraus für einen gewissen Fall gegebenen oder späterhin erteilten Erlaubniss die überlassenen Sachen verbraucht oder in Gebrauch genommen wird. Es entsteht alsdann ein Verbrauchsdarlehen (*mutuum*) oder eine Gebrauchsverleihung (*commodatum*). *Indessen kann man doch das nunmehr stattfindende Schuldverhältniss auch als eine blosse weitere Entwicklung des Aufbewahrungsgeschäftes betrachten*“.

Am engsten fasst wohl *Neustetel*⁹⁾ den Begriff und Umfang des *depositum irregulare* auf. Er schreibt:

„Das Geschäft ist ein *mutuum*, so oft Geld in der Absicht gegeben wird, dessen *Eigenthum* auf den Empfänger zu übertragen, und ebensoviel (*tantundem*) wieder zu erhalten. *Unregelmässiges Depositum* aber, wenn Geld zur Aufbewahrung gegeben wird, mit der *stillschweigend oder ausdrücklich dem Depositär gestatteten Erlaubniss*, statt derselben Geldstücke *den gleichen Betrag zurückzugeben*. Die später erteilte und acceptirte Erlaubniss, das deponirte Geld zu benützen, hat rechtliche Wirkung, und verwandelt das *Depositum* selbst vor erfolgtem Gebrauche, vom Augenblick der acceptirten Erlaubniss an, in ein *mutuum*. Wird aber Geld unter der Bedingung *uti si voles* (*velles, voluisses*) gegeben, so entsteht kein *mutuum* gleich Anfangs, sondern ein *Depositum*, und das *mutuum* erst nach erfolgtem Gebrauch“. --- Und ebenso weiter unten: „So lange das unregelmässige *Depositum* noch nicht angegriffen ist, bleibt dem Deponenten das *Eigenthum* des deponirten Geldes, und er kann es, wenn es abhanden gekommen, so wie aus dem *Concourse* des *Depositars* vindiciren“.

C. In die 3te Gruppe endlich wären diejenigen zu zählen, welche a) von einem *depositum irregulare* im Sinne der meisten Gelehrten gar nichts wissen wollen und statt dessen, da sie den Inhalt der römischen Rechtsquellen nicht ganz unbeachtet lassen können, ein anderes Gebilde, unter zu Grundelegung des *depositum regulare* annehmen, oder b) welche die Existenz des *depositum irregulare* schlechtweg ableugnen und behaupten, dass die Fälle,

⁹⁾ *Neustetel*: Ueber das dep. irreg. i. s. und Zimmermanns römisch rechtl. Untersuchungen. Bd. I pg. 6. pg. 10.

welche gewöhnlich unter diese Kategorie gestellt werden, einfach in einen andern Contract, das Darlehn, übergehn und dessen Eigenschaft und Klagen ohne weiteres annehmen.

Zu den erstern ist wohl *Schaffrath*¹⁰⁾ zu rechnen, wenn er schreibt: „— allerdings wird sich unten zeigen, dass das *depositum irregulare* theoretisch (a priori) und logisch ein Verstandes-Unding, stets in ein anderes Rechtsgeschäft, z. B. das Darlehn, übergeht aber wegen einer positiven Rechtsbestimmung (a posteriori), nämlich wegen *est. 8. de novat. 8. 42*, allerdings anzunehmen ist. Richtiger und der Terminologie des römischen Rechts angemessener würde man diesen Vertrag „*conventio exemplo*“ (oder „*ad exemplum*“) *depositi*, oder „quasi“ *depositum* und die daraus entspringende Klage *utilis quasi exemplo depositi actio* nennen, wenn die römischen Juristen diesen Vertrag überhaupt mit *depositum* bezeichnet, zu diesem gerechnet und nicht vielmehr, wie es scheint, absichtlich dies vermieden und mit „*ea res*“ — „*is contractus*“ umschrieben hätten“. etc.

Dann fährt er weiter unten fort¹¹⁾: „Ein *depositum irregulare* aber entsteht, wenn *nach schon eingegangenem depositum* stillschweigend (bloss durch Handlungen) nicht ausdrücklich (denn dann wird das *depositum* stets ein *mutuum*) entweder gestattet oder angenommen oder beides (gestattet und angenommen) wird, entweder der Gebrauch deponirter vertretbarer Sachen, oder die Rückgabe von ebensoviel.“

Ebenso später: „Allein wenigstens muss der Zeit nach ein (ordentliches) *depositum* schon vorhanden gewesen sein, d. h. *ein depositum irregulare kann nur aus einem ordentlichen Depositum entstehen*“.

Eine sehr geistvolle, aber für die praktische Anwendbarkeit zu wenig ausgebildete Theorie stellt *Heimbach*¹²⁾ auf, wonach er das *depositum irregulare* zu einer eigentümlichen Verquickung des *creditum* mit dem *depositum* macht: „Ein *depositum irregulare* gibt es ebensowenig der Sache als dem Worte nach in den römischen Quellen in dem Sinne, wie es die meisten neueren Gelehrten an-

¹⁰⁾ *Schaffrath*: Practische Abhandlungen. pg. 97 ff.

¹¹⁾ pg. 104—106, pg. 107. ¹²⁾ *Heimbach*: Lehre vom Creditum pg. 431 ff.

nehmen. Wenn vielmehr bei Gelegenheit des Gelddepositums eine Convention auf Restitution des Aequivalents vorkommt, so liegt in dem Gelddepositum zugleich eine obligatorische Numeration vor und entlehnt aus dieser die Grundsätze seiner Beurteilung, aber nur insofern die gewöhnlichen Grundregeln vom einfachen Depositum nicht ausreichen möchten. Im Uebrigen behält das Geschäft die Natur der freien Obligation, daher Verzugszinsen, Eintreibung versprochener Zinsen mit der *depositi actio* etc. Diese einfache Gestaltung des Sachverhältnisses hat ihren theoretischen Grund in der Tatsache, dass in der Erteilung des Capitalgebrauchs eine *Datio fungibler Sachen* zu Tage kommt, die ein *creditum* wirkt“. —

Die letzte Richtung in dieser Gruppe wird von *Dedekind*¹³⁾ und *Zoller*¹³⁾ vertreten, welche die Existenz des *depositum irregulare* schlechthin ableugnen; die Meinung dieser ist aber von vornherein zu verwerfen und verstösst gegen den Inhalt der römischen Rechtsquellen.

Durch die Zusammenstellung der Meinungen verschiedener Rechtsgelehrten haben wir nun gesehen, wie sehr die Ansichten über das römisch-rechtliche *depositum irregulare* auseinandergehen; wir haben auch gesehen, dass selbst in den Gruppen, wo die Geltung eines solchen Rechtsverhältnisses als feststehende Tatsache anerkannt wird, die Ansichten differiren, wann, mit welchem Moment, Uebergang von Gefahr und Eigentum auf den Depositär stattfindet. Eine nochmalige Prüfung der Quellen ist desshalb wohl nötig, um zu untersuchen, welche Meinung die richtige oder der Richtigkeit am nächsten kommende sei.

§ 2.

Deposition von Geld mit der stillschweigenden oder ausdrücklichen Erlaubniss tantundem zurückzugeben.

Den hauptsächlichsten Beweggrund für diejenigen, welche ein irreguläres Depositum schlechtweg verneinen, bildet eine Stelle Papinians im neunten Buche seiner Quaestionen, nämlich die *lex 24 Dig. depositi vel contra. XVI. 3.*:

¹³⁾ Vgl. die Citate bei *Vangerow* § 630 i. d. Pandekten:

Dedekind: *comm. jurid. de contractu, quem irreg. dep.* . . . Wolfenb 1753.

Zoller: *quaestio jur. controvers, an detur irreg. dep?* Lips. 1775.

„Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo“. quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: *nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos*. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur“.

Aus dieser Stelle wird namentlich der Passus: „nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos“ — als Beweis dafür aufgestellt, dass ein unregelmässiges Depositum im römischen Recht gar nie existierte.¹⁾ Doch wenn man bedenkt, dass an verschiedenen anderen Orten von den römischen Juristen in ähnlichen Fällen, wie der an dieser Stelle beschriebene, ganz bestimmt von einer actio depositi gesprochen wird²⁾, so muss man wohl annehmen, dass Papinian, wie ihm ja überhaupt ein gedrängter conciser Stil eigen ist, mit dem Ausdruck: „nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur . . . etc.“ nicht einfach sagen wollte, dass wenn Geld übergeben worden ist mit der Erlaubniss, nur tantundem zurückzustatten, ein solches Rechtsgeschäft die bekanntesten Grenzen des Depositums überschreite, und desshalb in solchem Fall ein anderes Rechtsgeschäft als zu Grunde liegend anzunehmen sei. Diese Auslegung ist schon von verschiedenen Seiten bekämpft und durch andere Interpretation berichtigt worden.³⁾ Doch scheint mir, trotz der sehr geschickten Auslegungen, die die

¹⁾ Schaffrath: a. a. O. pg. 99. ²⁾ l. 25 § 1. eod. l. 26 § 1. eod.

³⁾ Schmid: a. a. O. pg. 80 u. 81. Neustetel: a. a. O. pg. 17 ff. Glück: a. a. O. pg. 158 ff., wohl am besten Vangerow: a. a. O. pg. 436 ff. und neuerdings Mühlhäuser: § 7. pg. 16 ff.

fragliche Stelle schon erhalten hat, noch keine genügend zu sein, indem fast alle Ausleger ein wichtiges Moment übersehen haben, nämlich, dass aus dem Schuldschein, den Sempronius an Lucius Titius sendet, gar nicht bestimmt ersichtlich ist, ob überhaupt das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ein depositum oder ein mutuum sei.^{3a)} Neustetel hat zuerst auf diesen Umstand aufmerksam gemacht, dagegen diesen Gesichtspunkt nicht ganz consequent durchgeführt in der Auslegung. Die übrigen Ausleger nahmen immer als ausgemachte Tatsache an, dass das in Frage stehende Rechtsgeschäft ein Depositum war.

Dies ist unrichtig. Papinian ist hier entschieden im Zweifel, ob zwischen den beiden Parteien ein Depositum beabsichtigt worden sei, oder ein Darlehn; und in Folge dessen hält er mit seiner Antwort zurück in Betreff der Zinsen. Und dies mit Recht, denn aus dem Schuldschein ist nicht genau ersichtlich, welcher von den genannten Verträgen gewollt ist, (besonders deutet das „quando voles“ auf ein Depositum, während das „ubi voles“ auf eine Bringschuld, also das Darlehn) und da das depositum irregulare dem Darlehn so ähnlich ist, dass diese beiden Verträge sich oft nur durch die Intention der Parteien von einander unterscheiden,⁴⁾ (das Darlehn wird gegeben zum Zwecke der Leihe, das depositum irregulare zum Zwecke der Aufbewahrung) so sind diese Zweifel sehr begreiflich.

Es sagt also hier Papian ungefähr: Es scheint dieses Geschäft ein Depositumvertrag zu sein und desshalb die actio depositi am Platze. Denn was bedeutet eigentlich commendare anderes als deponere. Dies ist aber nur dann mit Sicherheit anzunehmen (nämlich dass commendare hier gleichbedeutend ist mit deponere und in Folge dessen ein Depositumvertrag vorliegt), wenn abgemacht ist, dass dieselben Geldstücke wieder zurückzugeben sind. Im vorliegenden Fall ist es aber zweifelhaft, ob commendare gleichbedeutend mit deponere und also ein Hinterlegungsvertrag anzunehmen

^{3a)} commendare bedeutet allerdings gewöhnlich so viel als deponere, es kann aber auch einmal etwas anderes bedeuten. Gleichwie der deutsche Ausdruck „anvertrauen“. „Ich anvertraue Ihnen diese Summe“ wird gewöhnlich heissen: „Ich deponire sie bei Ihnen“, es kann aber auch heissen: „Ich leihe sie Ihnen.

⁴⁾ Dernburg a. a. O.

ist, denn wenn abgemacht ist, dass nur tantundem zurückzuzahlen sei, so überschreitet ein solcher Vertrag jene sehr gut bekannten Grenzen, innerhalb welcher ein Depositum mit Sicherheit zu erkennen ist. Wenn nun im vorliegenden Rechtsfalle die actio depositi nicht die richtige wäre,⁵⁾ was ja leicht möglich sein könnte (eben weil ausgemacht ist, dass nur tantundem und nicht idem zurückzustatten und also ein Depositum nicht mit Sicherheit anzunehmen ist), so kann man schwerlich zu der Ansicht kommen, dass eine Zinsforderung begründet sei.⁶⁾ Nun, fährt Papian fort, für den Fall, dass doch ein (irreguläres) Depositum vorliege, sei es ja bei den bonae fidei judicia anerkannt (und zu diesen gehört ja auch das Depositum, während das mutuum stricti juris ist), dass in Betreff der Zinsen das officium arbitri ebensoviel vermöge, wie die stipulatio, aber es sei denn doch gegen die bona fides und auch gegen die Natur eines solchen Depositums, wenn der Deponent vor eingetretenem Verzug noch Zinsen verlange von dem Depositar, während dieser doch jenem einen grossen Gefallen dadurch erwies, dass er das Geld in Aufbewahrung genommen. Wenn aber dennoch trotz dieses beneficium in suscipienda pecunia datum, von Anfang an Zinsen verabredet waren, dann natürlich ist die lex contractus massgebend.

Dieses wohl die richtige Auslegung dieser Stelle.⁷⁾

Aber selbst für den Fall, dass Papinian in der angeführten Stelle nichts anderes sagen wollte, als was gewöhnlich aus ihr herausgelesen wird, müsste angenommen werden, dass er später diese seine Ansicht geändert hätte, denn nicht misszuverstehen ist

⁵⁾ „In qua quaestione si dep. act. non teneat“, *Schaffrath* sucht sich zu helfen, indem er erklärt: si = soviel als quia.

⁶⁾ Denn wenn es ein mutuum ist, so kann von Zinsen schon deshalb keine Rede sein, weil keine Zinsstipulation vorliegt.

⁷⁾ Ich glaube kaum, dass die lex 186 do verb. sign. 50, 16 von Ulpian derselben den Hals bricht: „commendare nihil aliud est quam deponere“. Denn der Gedanke liegt hier sehr nahe, dass Ulpian eben diesen Satz aus obiger Stelle des Papinian entnommen und nun aus dem „quid est aliud commendare quam deponere“ eben dieses „nihil aliud est commendare quam deponere“ gemacht hat, indem er den Ausspruch Papinians als eine bei jenem ausgemachte Tatsache auffasst, während es dies nach der Meinung Papinians gar nicht ist.

ein Satz aus dem dritten Buche seiner später ⁸⁾ erschienenen Responsa: l. 25 § 1. D. dep. vel contra XVI. 3.

Qui pecuniam apud se non obsignatam, *ut tantundem redderet*, depositam ad usus proprios convertit, post moram in *usuras quoque judicio depositi condemnandus est*.

Hier spricht Papinian ohne Bedenken von einer actio depositi, auch wenn nur tantundem zu restituieren ist, aber eben auch nur, weil hier wirklich ein Depositum gewollt ist.⁹⁾

Ähnlich wie die Papinian'sche Stelle hat auch eine von Paulus im ersten Buche seiner responsa zu verschiedenen Auslegungen Anlass gegeben. Es ist dies die lex 26 § 1. dep. vel contra XVI. 3.:

Lucius Titius ita cavit: „Accepi et habeo ex causa depositi supra scripta decem milia denarium et faciam omnia et consentio et promisi ita ut supra scriptum est, et conveni praestare tibi usuras in singulas minas per singulos menses assium quaternorum, donec universa summa reddatur“. quaero an usurae peti possunt. Paulus respondit eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum exedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.

Der scheinbare Widerspruch in dem Ausdruck: „et ideo secundum conventionem . . .“ gegenüber dem vorangehenden hat schon

⁸⁾ Vgl. *Fitting*: Alter der Schriften der römischen Juristen. Basel 1860.

⁹⁾ *Schaffrath* a. a. O. pg. 102. vide auch *Mühlhäuser* pg. 13 u. 14.

Auf eine geradezu unhaltbare Weise sucht sich *Schaffrath* zu retten. Er behauptet: „In l. 25 § 1 h. t. ist gar nicht von einem solchen depositum, bei welchem der Deponent dem Depositar den Gebrauch des deponirten Geldes gestattet, sondern von einem solchen Fall die Rede, wo dieser sich den Gebrauch einseitig angemasst hat und, weil das Geld unversiegelt, also seiner Individualität nach nicht wieder erkennbar oder erweisbar, zu nichts anderem, als eben soviel zurückzuzahlen gezwungen werden könne.“

Die Worte — *ut tantundem redderet* — seien nicht in objectiver Beziehung zu nehmen, sondern sie bedeuten nur in objectiver Hinsicht die Wirkung oder reale Folge des Umstandes, dass das Geld unversiegelt deponirt worden sei (ita ut: mit der Wirkung dass . . .) —

Ja, aber, wenn nun der Depositar wirklich versiegeltes Geld sich einseitig angemasst hätte ! Sind denn die Münzen, die in Folge dessen in Umlauf gekommen, dann ihrer Individualität nach noch so erkennbar ? — Auch dann könnte der Deponent nichts anderes als ebensoviel verlangen. Wozu denn nun die in solchem Falle überflüssigen Worte: „non obsignatam ut tantundem redderet“—, ?

verschiedenen Correcturen gerufen, da man eine Corruption der Stelle annahm. Namentlich benutzten die Gegner des depositum irregulare diese Stelle, um die Richtigkeit ihrer Ansicht daraus zu beweisen.

So *Schaffrath*, welcher vorschlägt: „et ideo secundum conventionem usurae neque actione depositi peti possunt“ zu lesen; und dann *Dedekind*:¹⁰⁾ „usurae quoque actione depositi peti non possunt.

Aber auch andere glauben den angeblichen Widerspruch nur durch eine Emmendation heben zu können, doch kann nach den neueren Forschungen über die Aechtheit dieser Stelle kein Zweifel mehr sein.¹¹⁾

*Vangerow*¹²⁾ erklärt die Stelle folgendermassen: „Läge hier ein reines Depositum vor, so würde allerdings von einer Zinspflicht keine Rede sein können, eben weil ja hier das Geld von dem Depositar nicht gebraucht werden dürfte; da aber der vorliegende Contract über das reine, gewöhnliche Depositum hinausgeht, so können allerdings auch die durch das pactum adjectum bedungenen Zinsen mit der actio depositi eingefordert werden“.

Diese Stelle kann aber auch noch anders ausgelegt werden, wenn unter deposita pecunia (nicht modum depositi) das offene Gelddepositum, also ein depositum irregulare, verstanden wird. Der

¹⁰⁾ *Schaffrath*: a. a. O. pg. 124. *Dedekind*: l. c. p. 65.

Hiezu bemerkt *Schaffrath* a. a. O. pg. 101.: „Dagegen streitet nicht l. 25 § 1. ht., denn in jener ist nur von gesetzl., von Verzugszinsen od. vielmehr von solchen Zinsen (usurae punitoriae) die Rede, welche wegen des Gebrauchs fremder Gelder zu eigenem Nutzen zu zahlen sind und welche alle (gesetzliche) bei der actio depositi, als einer b. f. actio, vom iudex nach seinem officium dem Kläger zugesprochen werden und in welche der Beklagte zu verurteilen ist, auch wenn sie nicht gefordert werden.“ (Vgl. dagegen Anm. 9 vorhergehend).

Falsch ist an dieser Auslegung, dass hier unter den Zinsen usurae punitoriae, oder Zinsen, welche wegen des Gebrauchs zu zahlen sind, verstanden werden, denn es steht ja ausdrücklich, dass post moram Zinsen zu zahlen seien; wollte man also Gebrauchszinsen und nicht Verzugszinsen annehmen, so wäre diese Stelle so zu verstehen, dass Gebrauchszinsen oder Strafszinsen nur post moram, ante moram aber nicht zu zahlen seien, trotz des Gebrauchs; was heisst das aber anderes, als dass der Gebrauch des hingezahlten dep. Geldes gestattet sei bis zum Verzug.

¹¹⁾ Vgl. *Vangerow* a. a. O. pg. 434. ¹²⁾ *Vangerow* ebendasselbst. Vgl. auch *Mühlhäuser* a. a. O. pg. 14—16.

Sinn der Stelle wäre dann ungefähr folgender: Das vorliegende Rechtsgeschäft überschreitet das gewöhnliche Mass des Gelddepósitos, weil vom Depositär noch Zinsen versprochen werden, denn solches ist eigentlich gegen die bona fides und gegen die Natur eines solchen Contracts, da ja in der Annahme eines Depositums gewöhnlich ein beneficium gegenüber dem Deponenten liegt, und desshalb können hier nur gemäss der vorliegenden Uebereinkunft Zinsen gefordert werden, aus der Natur des Vertrages selbst aber würde sich solches nicht ergeben.

Jedenfalls ist aber auch mit dieser Stelle bewiesen, dass wo Geld in dem Sinne deponirt worden, dass nur tantundem zurückzugeben ist (und das muss man doch immer annehmen, wenn Zinsen verabredet werden, oder wenn überhaupt die Frage nach der Zinsforderung gestellt wird), dass auch in dem Falle die actio depositi am Platze sei und also ein Depositum vorliege.

Letzteres erhellt auch aus dem ersten Buche der Responsen von *Scaevola*: lex 28. Dig. dep. vel contra XVI. 3.:

Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistolam scripsit in verba infra scripta: „Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Vigniti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebō.“ quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est.

Obwohl hier in dem Schuldschein des Caecilius Candidus nicht ausdrücklich gesagt ist, dass ein Depositum vorliege, es sei denn, dass man die Worte: „quos apud me esse voluisti“ dahin deuten wollte, so ist doch kaum anzunehmen, dass *Scaevola* an etwas anderes, z. B. ein mutuum,¹³⁾ dachte, denn sonst hätte er gewiss nicht gesagt, dass der Empfänger Zinsen schulde ex bonae fidei iudicio, da ja bekanntermassen das mutuum ein negotium stricti juris. Uebrigens können bei einem mutuum Zinsen auch nur in Folge einer Stipulation gefordert werden, nicht aber auf Grund

¹³⁾ Dieses behauptet *Dedekind* a. a. O. pg. 60.

blosser pacta adjecta. Was bleibt denn noch anderes übrig ausser einem Depositum?¹⁴⁾ —

Wir haben bis jetzt immer nur davon gesprochen, dass ein depositum irregulare vorliege, wenn ausdrücklich verabredet ist, dass nur tantundem zurückzuzahlen sei. Diese Verabredung wird aber auch stillschweigend angenommen, wenn Geld offen hingeählt wird, wie wir aus der sehr wichtigen lex 31 locati conducti D. XIX. 2 ersehen:

Alfenus libro V dig. a Paulo epitom.: In navem Saufei cum complures frumentum confuderant, Saufei unum ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris averse actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut ejusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum aut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem juris esse in deposito: *nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solveret.* secundum quae videri triticum factum Saufei et recte datum. — etc.

Diese Stelle ist für uns namentlich wichtig wegen des Passus: „nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset . . etc.“, denn daraus geht doch ganz deutlich hervor, dass deponirt werden konnte mit der Erlaubniss nur tantundem zurückzuzahlen, ja dass dieses sogar stillschweigend angenommen wird, wenn das Geld ungegeschlossen und unversiegelt übergeben, hergezählt wird. Und dennoch ist in beiden Fällen der Charakter eines Depositums beibehalten; denn: rerum locatarum duo genera esse idem juris esse in deposito. — Deutlicher kann man es doch gewiss nirgends wünschen und finden. —

¹⁴⁾ Das Mandatsverhältniss kann hier wohl kaum zu Grunde gelegt werden, da es sich in diesem Rechtsgeschäft doch in erster Linie um unentgeltliche Uebernahme einer Sache (zur Aufbewahrung) handelt und erst in zweiter Linie um die Sorge für Gewinnung von Zinsen. cf. l. 1 § 12 u. 13 dep. und *Wächter*: Pandekten Bd. I. § 202 Beil. 1.

Freilich kommt *Schaffrath*¹⁵⁾ an Hand dieser Stellen zu einem anderen Resultat, sieht sich aber schliesslich doch veranlasst, die Geltung eines depositum irregulare im spät-römischen Recht anzuerkennen und zwar lediglich wegen einer positiven Gesetzesbestimmung, der est. 8 de nov. 8. 42.

Imp. Justinianus A. ad senatum. Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes sancimus: Si quis vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit; vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit vel cautionem minorem acceperit vel aliquid fecerit, ex quo veteris juris conditores introducebant novationes; nihil penitus prioris cautelae inovati, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere; nisi ipsi specialiter remiserint priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint; et generaliter definimus, *voluntate solum* esse, non lege novandum, et si non *verbis exprimatur*, ut sine novatione causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire. (Dat. XI. kal. Aug. Constantinopoli Lamp. et Oreste cons.)

Hiebei argumentirt *Schaffrath* wohl so: Das Vorkommen der Gebrauchserlaubniss beim Gelddepositum resp. der Erlaubniss tantundem zurückzuzahlen, kann angesichts verschiedener Stellen, die dies deutlich beweisen, nicht geleugnet werden, aber nur si convenerit. Hiebei geht aber von Rechtswegen das Depositum in ein Darlehn über. Doch weil nun einmal nach einer positiven Bestimmung Justinians, eben obiger est. 8 de novationibus, bestimmt ist, dass nur expressis verbis ein früheres Rechtsverhältniss zerstört und statt dessen ein anderes errichtet werden könne, im andern Fall die frühere Obligation bestehen bleibe, und die spätere Abmachung nur als incrementum zu ihr hinzutrete, so müsse eben hier der Fall eines depositum irregulare angenommen werden. In Folge dessen kommt er nun auch zu dem Schluss: dass ein depositum irregulare nur entstehe, wenn *stillschweigend* Gebrauch des deponirten Geldes oder Rückgabe von tantundem gestattet sei, aber

¹⁵⁾ Vgl. die citirten Stellen von *Schaffrath* in § 1.

dies auch nur dann, wenn ein ordentliches Depositum schon vorhanden gewesen sei.^{15a)}

Dass diese Annahme jedoch total unhaltbar ist, hat sich aus den bereits behandelten Quellenstellen gezeigt.

Es ist somit mit der herrschenden Meinung¹⁶⁾ anzunehmen, dass da, wo Geld oder andere Fungibilien zum Zwecke der Aufbewahrung übergeben werden mit der ausdrücklichen, oder auch stillschweigenden (wenn Geld offen hingezählt, oder andere Fungibilien hingewogen oder — gemessen werden) *Abmachung*, dass nur *tantundem*, also dieselbe Qualität und Quantität, zurückzugeben sei, dass da immer noch ein Depositum vorliege, in Folge dessen, wenn nicht mehr dieselben Stücke, so doch dieselbe Qualität und Quantität mit der *actio depositi* eingeklagt werden kann.

Bestrittener dagegen ist die Frage, ob auch dann noch von einem Hinterlegungsvertrag die Rede sein könne, wenn bei der Deposition von Geld sogleich oder später die ausdrückliche Erlaubniss erteilt werde, das deponirte Geld zu gebrauchen; wenn es also dem Willen des Depositors anheimgestellt sei, den Gebrauch des Geldes sich anzueignen und tantundem oder idem zurückzugeben.

Diese Frage soll im folgenden Paragraphen erörtert werden.

^{15a)} Vgl. die cit. Stellen von *Schaffrath* in § 1.

Also es muss nach *Schaffrath*:

- 1) ein ordentliches Depositum schon vorhanden und
- 2) stillschweigend Gebrauch od. Rückgabe von tantundem gestattet sein.

Wann ist aber zu praesummiren, dass stillschweigend Rückgabe von tantundem gestattet sei?

Der Umstand, der uns zu dieser Praesumption führt, nämlich wenn Geld offen hingezählt, oder andere Fungibilien hingewogen oder -gemessen werden, kann für *Schaffrath* nicht massgebend sein, denn hiebei wird ja ein Depositum überhaupt erst geschaffen, nach *Schaffrath* muss aber bereits ein ordentliches Depositum schon vorhanden sein. Auch daraus, dass der Depositor die Gelder ohne weiteres gebraucht, wird kaum Jemand wagen anzunehmen, es sei Rückgabe von tantundem stillschweigend gestattet. Dieses könnte erst dann behauptet werden, wenn der Deponent andere Stücke derselben Qualität und Quantität ohne Widerrede zurücknimmt. Fatalerweise hört nun aber von diesem Moment an, wo nach *Schaffrath* ein depositum irregulare erst beginnen sollte, das Depositum überhaupt zu existiren auf.

¹⁶⁾ Vgl. die Citate in § 1. A. und B.

§ 3.

Deposition von Geld mit anfänglich oder später hinzutretender, ausdrücklicher Gebrauchserlaubniss.

Die Abmachung, dass nur tantundem nicht idem zurückzugeben sei, hat notwendig die Folge, dass der Deponent den Depositär nun nicht mehr auf idem restituere belangen kann; auch nicht wenn idem wirklich noch vorhanden wäre; der Depositär hat ein Recht darauf nur tantundem restituieren zu müssen, und wenn der Deponent, vorausgesetzt, dass er Eigentümer an den hingegebenen Geldstücken bliebe, dieselben vindiciren wollte, so stünde ihm eine exceptio doli entgegen. Auf der andern Seite kann aber auch der Depositär nicht gezwungen werden, wirklich nur tantundem, oder vielmehr andere Stücke derselben Qualität und Quantität, und nicht idem zurückzugeben, oder es kann ihm nicht verboten werden, statt wie abgemacht ist tantundem, nun doch idem zurückzugeben. Letzteres ändert den Charakter des Geschäftes absolut nicht. Denn wenn der Depositär, nachdem ihm erlaubt worden ist, in gleicher Qualität und Quantität zurückzuzahlen, statt dessen nun doch die gleichen Stücke, wie sie ihm deponirt worden sind, zurückgibt, da er keine Verwendung für sie gefunden, so tut er dies aus eigenem Willen, und diese Rückzahlung bedeutet für ihn und den Deponenten nichts anderes, als ob er nur tantundem zurückerstattet hätte, denn idem ist ja erst recht tantundem. Zum Begriff des regelmässigen Depositums gehört aber als unerlässliches Requisit, dass *dieselbe Sache restituirt werden müsse. Es kann also diese Hinterlegung nicht mehr als regelmässige betrachtet werden, bei welcher abgemacht wird, dass nur tantundem zurückzustatten sei, auch wenn dann nachher doch dieselbe Sache zurückgegeben wird.*

Das Hauptkriterium zwischen depositum regulare und irregulare liegt somit (soweit wir in unserer Untersuchung bis jetzt gekommen sind) darin, dass beim erstern immer die deponirte Sache selbst zurückgegeben werden muss, dass es beim andern dagegen im Belieben des Depositärs steht, entweder dieselben Sachen, oder andere derselben Quantität und Qualität zu restituieren. Die deponirte Sache erscheint also hier immer als eine fungible.

Daraus folgt, dass wenn Geld regelmässig deponirt worden ist, und dann nachher abgemacht wird, es solle nur tantundem zurückbezahlt werden, von dem Augenblick der Abmachung an ein depositum irregulare vorliegt, vorher aber ein depositum regulare. Dagegen ist die Ansicht von *Windscheid*¹⁾ unrichtig, wenn er behauptet: „Wenn ausgemacht wird, dass der Empfänger nach seinem Belieben entweder das Hinterlegte, oder eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückgeben könne, so liegt zunächst eine gewöhnliche Hinterlegung vor, die aber dadurch, dass der Empfänger das Hinterlegte als das Seinige zu behandeln anfängt, zu dem hier beschriebenen Geschäft (depositum irregulare) wird“. Vielmehr ist in solchem Falle ein depositum irregulare gleich von Anfang an vorhanden.

Aus dem oben gesagten folgt weiter, dass wenn Geld deponirt wird mit der Erlaubniss das deponirte zu gebrauchen, wenn man wolle, dass da immer und zwar von Anfang an ein irreguläres depositum vorliegt, wenn überhaupt in solchem Fall noch depositum angenommen werden kann;²⁾ denn in der Gestattung des Gebrauchs von Geld liegt ja auch die Freiheit des Empfängers, tantundem oder idem ganz nach seinem Willen zurückzugeben. Keineswegs aber ist, wie andere ³⁾ irrtümlich annehmen, da ein depositum irregulare vorhanden, wo Geld verschlossen hinterlegt wird, mit der Erlaubniss dasselbe als Darlehn zu gebrauchen, wenn man wolle. Denn hier wird es dem Empfänger nicht einfach überlassen, das Geld nach seinem Willen entweder zu gebrauchen, oder dieselben Stücke zurückzugeben, sondern das Geld wird deponirt mit der vom vorherigen sehr verschiedenen Erlaubniss, dasselbe entweder als Darlehn zu gebrauchen, oder die deponirten Geldstücke als solche zurückzugeben.

Aber ist denn auch immer ein Darlehn beabsichtigt, wenn Geld deponirt wird mit der Erlaubniss, dasselbe zu gebrauchen? Ich glaube nein; vielmehr wird gewöhnlich da, wo gleich Anfangs

¹⁾ *Windscheid*: vgl. Cit. in § 1. A. Gegen diese Ansicht schon *Brinz*: Pand. II, 602, Note 13.†

²⁾ Dagegen *Schmid*: a. a. O. pg. 97. No. 6. vide § 1. A.

³⁾ *Schmid*: a. a. O. pg. 96. 3 ebenfalls in § 1. A. Ebenso *Brinz*: a. a. O. bezgl. l. 10 reb. cred.

zur Deposition die Gebrauchserlaubniss hinzutritt, die Beibehaltung des Depositavertrags, und da, wo die Gebrauchserlaubniss erst später geschieht, eine Umwandlung in ein Darlehn⁴⁾ beabsichtigt sein, obgleich es auch nicht unmöglich ist, dass im erstern Fall ein Uebergang vom Depositum in ein Darlehn und im letztern vom regulären in ein irreguläres Depositum gewollt wäre. Zu dieser Annahme führt schon der Umstand, dass das Darlehn immer, oder doch wenigstens gewöhnlich, einen mutuum rogans dem dans gegenüber voraussetzt,⁵⁾ während ein rogans bei der Deposition mit Gebrauchserlaubniss gar nicht nöthig ist. Es wäre auch unverständlich, aus was für einem Grunde die Gebrauchserlaubniss beim deponirten Gelde im Widerspruch sein sollte mit dem Wesen des Depositums selbst, sobald der Grundsatz, dass dieselbe Sache zurückgegeben werden müsse, durchbrochen ist; ja selbst beim depositum regulare ist in manchen Fällen ein gewisser Gebrauch der deponirten Sache durch den Depositar nicht zu verhindern, ohne dass der Vertrag ein anderer würde, oder dem Deponenten eine diesbezügliche Klage zustände. Die folgende Ausführung wird dies erklären.

Alle diejenigen, welche zwar ein depositum irregulare annehmen, wenn abgemacht ist, dass nur tantundem zurückzustatten sei, dagegen anfänglich depositum regulare und dann Uebergang in ein mutuum, wenn der Gebrauch gestattet und vorgenommen ist, scheinen wie folgt zu calculiren: mutuum und commodatum sind zwei Verträge, bei denen eine Sache zum Verbrauch, resp. Gebrauch, einem andern übergeben wird, dagegen depositum regulare und irregulare, bei denen eine Sache (beim irregulare Geld oder andere Fungibilien) zur Aufbewahrung übergeben wird. Wenn nun beim depositum die Gebrauchserlaubniss hinzutritt, dann entsteht der entsprechende Leihvertrag, nämlich, wenn Geld deponirt war, Darlehn, und wenn eine nicht fungible Sache deponirt war, Commodat. Dabei wird aber übersehen, dass nicht der Gebrauch der deponirten Sache, sondern vielmehr die Aufbewahrung, der

⁴⁾ Dies will vielleicht sagen: *Paul: rec. sent. II. 12 § 9.* „Si pecuniam deposuero eamque tibi permisero, mutua magis videtur, quam deposita, ac per hoc periculo tuo erit“. Vgl. auch *Dernberg: a. a. O. Anm. 4.*

⁵⁾ *Huschke: a. a. O. pg. 3.*

Zweck des Vertrags ist,^{5a)} und also ein Depositum immer noch vorliegt, so lange bei Nichtfungibilien idem und bei Fungibilien tantundem restituirt werden kann. Hieraus erhellt, dass auch beim regulären Depositum ein gewisser Gebrauch möglich ist, nämlich dann, wenn die hinterlegte Sache derart ist, dass ihr Gebrauch nicht in einem Verbrauch besteht, resp. in einer Abnutzung.

Dies ist z. B. der Fall bei einem Kunstgegenstande, einem Kunstgemälde etc.

Mein Freund besitzt ein schönes Gemälde. Da er aber für dasselbe wegen baulicher Umänderungen seines Hauses momentan keinen Platz zur Aufbewahrung hat und auch keine entsprechende Verpackung für dasselbe, so bittet er mich um die Erlaubniss, das Tableau in meinem Salon aufhängen zu dürfen. Ich bewillige es.

Hier liegt nun offenbar ein Depositum vor, und doch habe ich den Genuss an der deponirten Sache, die ja meinen Salon durch ihre Anwesenheit verschönert.

Nach einiger Zeit, als das Gemälde von seinem Eigentümer bereits wieder in Empfang genommen worden, habe ich eine grössere Gesellschaft geladen. Zu diesem Anlasse ersuche ich meinen Freund, mir sein Gemälde zu leihen, um meinem Salon den schon einmal gehabtten Schmuck zurückzugeben. Mein Freund gewährt es mir.

Hier liegt nun nicht mehr ein Depositum vor, sondern ein Commodatum, eine Gebrauchsleihe, denn das Gemälde ist mir diesmal nicht wie im Anfange zum Zwecke der Aufbewahrung übergeben worden, sondern zum Zwecke der Leihe; und doch ist in diesem wie im andern Fall dasselbe factische Resultat vorhanden, nämlich die Verschönerung und Ausschmückung meines Salons.

Wenn also in gewissen Fällen der Gebrauch der deponirten Sache auch beim regulären Depositum dem Wesen der Hinterlegung nicht entgegensteht, wie viel weniger muss er es nicht da, wo mit Aufhebung der Deposition von Fungibilien nur tantundem zurückzugeben ist. Denn was ist beim Gelddepositum die Abmachung, dass tantundem zurückgegeben werden könne, anderes als die nur in andern Worten ausgedrückte Gebrauchserlaubniss?

^{5a)} vide § 1 i. Anf. und *Dernberg*: Pand. II. § 212. „Das Darlehn wird gegeben zum Zwecke der Leihe, das Depositum zum Zwecke der Aufbewahrung“.

Auch wenn der Deponent dem Depositär gestattet, die Sache für sich zu verwenden, kann er nichts anderes abmachen und sagen wollen, als dass tantundem restituirt werden könne. Denn für das gegenseitige Verhältniss von Deponent und Depositär bleibt es sich factisch gleich, ob ersterer bei der Deposition von Geldern dem andern erlaube, nach Belieben tantundem oder idem zurückzugeben, oder ob er ihm ausdrücklich gestatte, das Geld zu gebrauchen mit der selbstverständlichen Bedingung, dass jener dieselbe Summe zurückgebe.

Diese Tatsachen ergeben sich als so selbstverständlich, so consequentermassen aus dem »ut tantundem redderetur conventum est,« dass es bei der so vielgerühmten Consequenz des römischen Rechts unbegreiflich wäre, wenn hier eine Ausnahme gemacht werden müsste.

Aber ist denn überhaupt irgendwo in einer Quellenstelle gesagt, dass wenn zur Deposition von Geld die ausdrückliche Gebrauchserlaubniss hinzutrete, kein Depositum mehr möglich sei, sondern immer nur ein Darlehn?

Mit Nichten. Keine einzige der Stellen, welche die Gegner⁶⁾ zum Beweis ihrer Ansicht vorbringen, sprechen das obige deutlich aus; sie lassen sich ebenso gut für als gegen dieselbe auslegen.

Die Hauptbelegstellen, woraus nachgewiesen sein soll, dass bei ausdrücklicher Gebrauchserlaubniss das Depositum in ein Darlehn übergehe, sind zwei Aussprüche Ulpians:

l. 9 § 9. reb. cred. XII. 1.⁷⁾

Ulp. libro XXVI. ad edictum. Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici. l. 10, eod.

Ulp. libro II. ad edictum. Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.

⁶⁾ Vgl. die citirten in § 1. Gruppe B.

⁷⁾ Vgl. mit dieser lex auch l. 34 pr. mand. 17, 1 i. f. Africanus lib. VIII. Quaest. nec huic simile esse . . . etc.

Eigentlich gehören diese Stellen nicht hieher, denn offenbar behandelt Ulpian darin nicht die Frage, die *uns* beschäftigt, ob bei ausdrücklicher Gebrauchserlaubniss ein Depositum vorliege, oder das Depositum in ein Darlehn übergehe, sondern vielmehr die hievon ganz verschiedene Frage, wann, d. h. mit welchem Moment das Depositum in ein mutuum übergehe, wenn im Hinblick darauf der Gebrauch des deponirten Geldes gestattet worden ist.⁸⁾ Denn dass Ulpian wirklich auch nur diese Fälle im Auge hatte, wo der Gebrauch des deponirten Geldes erlaubt wird mit der Absicht, dadurch das Depositum in ein Darlehn zu verwandeln, zeigen schon die Ausdrücke: „qui mutam rogavit“ — und — „quoniam debitu iri non est certum“ —.

Die erste Stelle handelt von einer Summe Geldes, die deponirt worden ist. Der Depositar ersucht den Deponenten um die Erlaubniss, das Geld als Darlehn benutzen zu dürfen. Sie wird ihm erteilt, und mit diesem Moment ist das Depositum in ein Darlehn übergegangen, auch wenn die Summe vom Depositar noch nicht angegriffen worden, denn der animus possidendi ist da, die traditio ist brevi manu. (animo enim coepit possidere).

Die andere Stelle dagegen handelt von dem Fall, wo Jemand eine Summe deponirt und, falls der Depositar später einmal in die Lage kommen sollte, ein Darlehn zu gebrauchen, demselben die deponirte Summe für diesen Zweck anzugreifen erlaubt. Hier, sagt Ulpian, ist kein Darlehn vorhanden, so lange das Geld nicht angerührt wird, da nicht erwiesen, ob der Depositar wirklich in ein solches Schuldverhältniss eintreten will.

Es ist also nichts anderes, als die zum voraus gegebene Einwilligung zu einem Darlehnsvertrag, für den Fall, dass der Depositar die deponirte Summe als Darlehn zu verwenden wüsste. Dies ist so ziemlich genau aus den Worten: „uti tibi si voles permisero“ zu ersehen: Ich werde es Dir erlaubt haben, wenn Du es gebrauchen willst; oder: ich werde es Dir erlaubt haben zu gebrauchen, wenn Du willst. Die Bedingung ist also die Aeusserung, das Geld als Darlehn gebrauchen zu wollen; solches braucht aber nicht ausdrücklich durch Worte zu geschehen, sondern kann sich

⁸⁾ Derselben Ansicht ist *Vangerow* a. a. O. pg. 439.

ebensogut durch *concludente* Handlungen zeigen, wie das *movere pecuniam*. Dieses wird überhaupt auch das gewöhnlichste und natürlichste sein, schon desshalb, weil die Erlaubniss zum Voraus gegeben ist.

Ueber diese Auslegung, die auch schon von *Glück*⁹⁾ aufgestellt worden ist, sagt *Neustetel*¹⁰⁾, sie beruhe einerseits auf Willkühr, andererseits auf einem Fehlschluss. „Die Römer, ein besonnenes Volk, hielten streng an der Bedeutung ausgesprochener Worte. Wenn der Deponent zum Depositär *schlechtweg* sagt: Ich erlaube Dir das zur Aufbewahrung Gegebene zu gebrauchen, *und dieser nimmt das Anerbieten an*, so entsteht ein *mutuum* aus dem Depositum“.

Ja, schliesslich ist diese Auslegung ebenso willkührlich wie die andere; denn solange in betreffender l. 9 § 9 cit. nicht *ausdrücklich* gesagt ist, dass der Deponent zum Depositär *schlechtweg* geäussert habe, er erlaube das Geld zu gebrauchen, und solange eben auch nicht gesagt ist, dass der Depositär nur dieses Anerbieten angenommen, nicht aber darum gebeten habe, ist jede andere Ansicht ebensogut möglich und richtig. Dazu hat dann unsere Auslegung noch den Vorteil der Natürlichkeit und Ungezwungenheit.

Was hätte denn im Falle Neustetels der Deponent für einen Grund, nachdem das Depositum eine Zeit lang bestanden hatte, nun schlechthin ohne weiteres den Gebrauch der deponirten Sache zu erlauben?

Wohl keinen andern als den, das *periculum* auf den Depositär zu übertragen; denn dies würde ja sofort geschehen, sobald das Depositum in ein *mutuum* übergeht. Nun wird sich der Depositär aber wohl hüten, die Gefahr zu übernehmen, so lang er wirklich das deponirte Geld nicht braucht, denn solange er Depositär ist, haftet er nur für *dolus* und *culpa lata*, ausser diesem mag passiren was will, ihm kann es nichts schaden; anders dagegen, wenn er *mutuum accipiens*, Darlehensschuldner, ist. Es ist desshalb mindestens eine *stillschweigende Einwilligung und Annahme der Offerte* (denn nichts anderes als eine solche wäre die Gebrauchserlaubniss in l. 9 § 9 cit. nach der Auslegung Neustetels) des Deponenten

⁹⁾ *Glück*: a. a. O. pg. 155 ff.

¹⁰⁾ *Neustetel*: a. a. O. pg. 8 ff. vide auch *Mühlhäuser*: a. a. O. § 12.

durch den Depositär nötig, und erst mit Aeusserung dieser könnte vom Depositär gesagt werden: *animo coepit possidere*. Statt dessen wird aber in *lex citata* nur von dem Moment der Gebrauchserlaubniss gesprochen und dieser gleich das *animo enim coepit possidere* angeschlossen, es liegt also auf der Hand, dass dieser Gebrauchserlaubniss der Wille des Depositärs (und die Absicht zu gebrauchen) vorangehen musste, der vernünftiger Weise in nichts anderem bestehen kann, als in der Bitte, das Geld gebrauchen zu dürfen.

Für dieses möchte übrigens auch sprechen der Ausdruck am Schluss der Stelle: „— qui mutuum rogavit —.“

In Bezug auf *lex 10 cit.* fährt Neustetel weiter fort: „Sagt der Deponent hingegen: Ich erlaube Dir das deponirte Geld zu gebrauchen, wenn Du willst, und auch dieses Anerbieten wird acceptirt, so entsteht kein mutuum sogleich, weil das wenn Du willst“ als Potestativ-Bedingung die Existenz dieses Geschäftes aufschiebt und ungewiss macht. Es hängt daher von dem Willen des Empfängers ab, ob er das Geld gebrauchen, und dadurch das Geschäft in ein mutuum verwandeln will; durch eine simple Willenserklärung vermag er diese Verwandlung nicht zu bewerkstelligen, weil ihm das Geld nicht unter der Bedingung: Behalte es als Darlehen, wenn du willst, gegeben worden ist, sondern unter der hievon sehr verschiedenen: Gebrauche es wenn du willst¹¹⁾; wodurch der Deponent sich das Eigentum bis zu erfolgtem Gebrauche vorbehielt. Aehnliches in der Lehre von den Legaten: *Titio si voluerit*. Die Vermächtnisse der Art gehen nicht *ipso jure*, sondern erst durch eine besondere Willenserklärung auf den legatar über; ohnerachtet alle Legate unter der stillschweigenden Bedingung, dass der legatar sie annehmen wolle, hinterlassen werde.“

Wohl auf diese zweite Stelle und deren Interpretation hat Neustetel namentlich jenen Satz bezogen: „Die Römer, ein besonnenes Volk, hielten streng an der Bedeutung ausgesprochener Worte.“ —

Dies mag wohl gelten für die ältere Periode des römischen Rechts, die Zeit der *mancipatio* und in *jure cessio*. Für die klassische Periode der römischen Jurisprudenz aber, die Zeit, wo

¹¹⁾ Derselben Ansicht ist *Savigny*: Besitz 6. Aufl. pag. 277—

das praetorische Recht an Stelle der starren Formen des *jus civile* einen freiern Verkehr zuließ, war eine solche Bedeutung den ausgesprochenen Worten nicht mehr zuerkannt.

Wenn Titius dem Sempronius eine Sache unentgeltlich zum Gebrauche übergab mit Restitutionspflicht, und die beiden Contrahenten sagten, es wäre dies eine *locatio conductio*, so wird dennoch kein römischer Jurist behauptet haben, dass dies wirklich eine *locatio conductio* sei, sondern trotz der ausgesprochenen Worte der Contrahenten wird eben das genannte Rechtsgeschäft auch nach Ansicht der Römer ein *commodatum* sein. So kann auch bei dieser l. 10 cit., abgesehen von der bereits erwähnten grammatikalischen Interpretation, unmöglich der römische Jurist einen Unterschied machen wollen zwischen: „Ich erlaube Dir das deponirte Geld zu gebrauchen, wenn Du willst“, und „Ich erlaube Dir das Depositum in ein Darlehn zu verwandeln“, oder wie Neustetel sagt, was im Grunde genommen auf dasselbe hinauskommt: — „als Darlehn zu behalten, wenn Du willst“, vorausgesetzt, dass auch im erstern Fall die Intention der Parteien auf ein Darlehn geht. In beiden Fällen wird ganz richtig die Existenz des Geschäftes, nämlich des *mutuum*, aufgeschoben, aber nicht wegen des: „wenn Du willst“ als einer Potestativ- oder Suspensiv-Bedingung, wie Neustetel und andere meinen, sondern weil eben die dazu nötige Willenserklärung des andern Contrahenten überhaupt, wie sie ja zum Abschluss auch eines unbedingten Rechtsgeschäftes nötig, noch gar nicht vorhanden ist.¹²⁾ Sobald aber dieser Consens eintritt, d. h. sobald der Depositar sagt: ich will, so ist auch das *mutuum* abgeschlossen; dieser Wille des Depositar wird aber, wenn er nicht ausdrücklich erklärt ist, daraus geschlossen, dass der Depositar das Geld wirklich gebraucht; denn in diesem Fall ist es erst mit diesem Moment sicher, dass der Depositar in ein Darlehnsschuldverhältniss eintreten will. Das ist es, was der Jurist mit dem „*quoniam debitu iri non est certum*“ sagen will. Es ist dagegen unrichtig, wenn Neustetel meint, mit einer ausdrücklichen Willenserklärung könne der Depositar das Depositum nicht in ein Darlehn verwandeln; wozu wäre

¹²⁾ Dagegen auch schon *Mühlhäuser* i. d. Anmerkung pag. 36: Es ist diese vermeintliche potestative Suspensivbedingung eben nichts anderes als eine *condicio juris*.

denn der Ausdruck „si voles“. Wenn die Römer wirklich so streng an der Bedeutung ausgesprochener Worte hielten, hätten dann die beiden Worte nicht ebenso das Recht auf Berücksichtigung, wie das *uti*? —

Wenn auch zugegeben werden muss, dass zwischen „behalte das Geld als Darlehn, wenn Du willst“, und „gebrauche es als Darlehn, wenn Du willst“ ein gewisser Unterschied nicht zu verkennen ist, so beruht dieser immerhin auf einer Feinheit und Spitzfindigkeit, den die römische Jurisprudenz verschmäht und der Behandlung griechischer Sophistik überlässt.

Dass Ulpian von der Möglichkeit und Zulässigkeit auch der blossen ausdrücklichen Willenserklärung nicht spricht, ist begreiflich, weil in dem Fall, wo der Deponent zum Voraus den Gebrauch der deponirten Sache erlaubt, eine besondere Willenserklärung von Seite des Depositars nicht erwartet wird; zudem mag Ulpian eine solche Zulässigkeit auch als selbstverständlich gehalten haben.

Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Die citirten Stellen nun handeln einfach davon, wann diese übereinstimmende Willensäusserung mit Bezug auf die vorliegenden gewollten *Contracte* als vorhanden angenommen werden *muss*.

Ganz unrichtig ist dann auch die Behauptung *Neustetel's*¹³⁾ und *Heimbach's*¹³⁾, dass in dem „si voles“ eine Suspensivbedingung liege. Dies muss sofort einleuchten, sobald man sich nur über den Charakter einer solchen recht klar geworden ist.

Von einer Suspensivbedingung kann man nur da sprechen, wo der Abschluss eines Rechtsgeschäftes ohne solche Bedingung sofort geschehen würde, nun aber eben wegen dieser Bedingung hinaus geschoben wird. Neustetel bringt *ad analogiam* das Beispiel von den Vermächtnissen mit der Clausel: „*Titio si voluerit*“. Gerade dies Beispiel spricht gegen Neustetel und Heimbach; denn hier ist eine wirkliche Suspensivbedingung.

Das Recht auf ein Vermächtniss bekanntlich erwirbt der Vermächtnissnehmer, wenn mit der Clausel „*si voluerit*“ vermacht ist, erst vom Zeitpunkt seiner Willenserklärung an, also dem

¹³⁾ *Neustetel* a. a. O. pag. 9 und *Heimbach* a. a. O. pag. 431. Vgl. auch *Lavigny*: a. a. O. S. 277 Anm. 3.

Eintritt der Bedingung¹⁴⁾; dagegen wenn diese Bedingung nicht gestellt ist, sofort mit dem Tode des Erblassers, auch ohne dass der Vermächtnissnehmer von dem Vermächtniss etwas weiss; wenn er nur diesen Zeitpunkt erlebt hat, ja er braucht nicht einmal ein willensfähiger Mensch zu sein.

Das gleiche war auch bei den heredes necessarii (sui) der Fall¹⁵⁾; denn durch eine Potestativbedingung der Erbeinsetzung konnte die Antretung in den Willen des eingesetzten suus gestellt werden; war diese Bedingung nicht gestellt, so wurde der suus ipso jure mit dem Zeitpunkt der Delation Erbe.

Verba haec: „Publius Maevius si volet, heres esto“ in necessario conditionem faciunt, ut si nolit, heres non existat: nam in voluntarii heredis persona frustra adduntur, cum, etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres.

Hermog. l. 12 D. de cond. inst. 28. 7.

— necessarii vero ideo dicuntur, quia omnimodo sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.

Gaj. II. § 157.

Dabei bedarf es nicht einmal einer besondern ausdrücklichen Willenserklärung zur Erfüllung dieser Bedingung auf Seite des Erben, es genügt auch eine pro herede gestio.¹⁶⁾ Auch dieses beweist gegen Neustetel, wenn er behauptet, dass zur Erfüllung seiner vermeintlichen Potestativbedingung eine simple Willenserklärung nicht genüge; denn daraus geht hervor, dass es nicht auf den Wortlaut nur, sondern auch auf den Sinn und Zweck der Bedingung ankommt.

Es lassen sich aus den angeführten Beispielen von wirklichen potestativen Suspensivbedingungen ansehen, dass jenes „uti si velles“ in lit. 10 cit. *eben keine Potestativ- oder Suspensiv-Bedingung ist*. Denn nach der Analogie dieser müsste, wenn man mit Heimbach annähme, dass die Willenserklärung die Bedingung ist, bei Nichtvorhandensein dieser Bedingung, also auch ohne Willenserklärung, der Depo-

¹⁴⁾ Damit ist nicht zu verwechseln das Recht auf Herausgabe des Vermächtnisses; dieses wird erst mit dem Erbschaftsantritt durch den Erben erworben. *Wächter*: Pandekten II, § 318, I und II¹. Leipzig 1881.

¹⁵⁾ *Arndts*: Pandekten. 11. Aufl., § 511.

¹⁶⁾ *Arndts*: a. a. O. § 508.

sitar haften als Darlehnsschuldner auf einseitigen Antrag des Deponenten. Andernfalls müsste die Behauptung, dass jede Suspensivbedingung, wenn sie überhaupt eine solche ist, müsse weggedacht werden können, ohne dass es dem betreffenden Rechtsgeschäft schade, unrichtig sein; dann aber wäre auch jede Offerte ein suspensiv oder potestativ bedingtes Rechtsgeschäft.

Wenn man dagegen mit *Neustetel*¹⁷⁾ annehmen wollte, dass der Gebrauch des Geldes die Bedingung sei, was, nebenbei gesagt, schon gegen allen Wortlaut der cit. Stelle ist, so müsste bei Wegfall dieser Bedingung, also auch ohne Gebrauch, ein Darlehn möglich sein, was doch gegen die Natur dieses Rechtsgeschäftes wäre.

Schliesslich muss noch als besonders charakteristisch für die Suspensivbedingung der Umstand erwähnt werden, dass die Parteien, trotzdem der Vertrag noch nicht perfect ist, dennoch gebunden sind bis zu dem Moment, wo die Suspensivbedingung entweder eingetreten ist, oder mit Sicherheit nicht eintreten wird.¹⁸⁾ Wie es sich aber hierin mit der vermeintlichen Suspensivbedingung der l. 10 cit. verhält, zeigt die l. 1, § 34, dep. XVI, 3.

Ulpianus libro trigensimo ad edictum: — Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses utereris, prius quam utaris depositi teneberis.

Mit Unrecht verbindet *Mühlhäuser*¹⁹⁾ diese Stelle mit der vorigen l. 10 R. C., indem er behauptet, dass diese beiden wesentlich den gleichen Inhalt hätten, resp. sich gegenseitig ergänzten. Dies wäre nur dann richtig, wenn Ulpian sagen wollte, vor dem Gebrauch haftet der Empfänger mit actio depositi und nach demselben mit conditio ex mutuo. Dafür spricht aber weder die geringste Andeutung in der Stelle selbst, noch ein reifliches Ueberlegen der Gründe, die Ulpian zu diesem Ausspruch bewogen haben mögen.

Denn I.: Will Ulpian in dieser Stelle nichts anderes sagen, als was er in l. 10 cit. bereits schon gesagt hat, so begeht er einfach eine unnötige Wiederholung, welche jedenfalls von der Pandektenkommission nicht aufgenommen worden wäre, da ja in

¹⁷⁾ *Neustetel* a. a. O. pag. 9 und *Savigny* a. a. O. 277, Anm. 3.

¹⁸⁾ Vgl. *Wächter*: Pand. I., § 78, A. II. und III.

¹⁹⁾ *Mühlhäuser*: a. a. O. § 13. Vide auch *Windscheid* Pand. II., § 379, Anm. 6. Dann *Neustetel* a. a. O. pag. 7. *Heimbach* a. a. O. pag. 431.

dem Fall die betreffende l. 1, § 34 cit. weder ein besonderer Spezialfall von l. 34, pr. mandati 17, 1 neben l. 10 R. C. wäre, wie Mühlhäuser annimmt, noch einen Beweis für einen dieser Fälle lieferte. Zudem wäre ja logisch richtiger, wenn er wirklich nur sagen wollte, dass durch Gebrauch des Geldes das Depositum in einen andern Vertrag übergehe, anzugeben in was für einen Vertrag; denn dass der Depositär mit einer actio depositi haftet, so lange ein Depositum vorliegt, versteht sich schliesslich von selbst.

II. Wollte dagegen Ulpian mit dieser Stelle wirklich nur die lex 10 cit. ergänzen, indem er es für nötig erachtete noch zu sagen, dass, wenn auch mit Gebrauch des deponirten Geldes das Depositum in ein Darlehn übergehe, der Depositär nichtsdestoweniger bis zu diesem Moment mit der actio depositi hafte, so ist dies, ohnerachtet der „guten“ Meinung, die Ulpian von seinen Lesern gehabt haben müsste, auch insofern unwahrscheinlich, als diese lex um ganze achtundzwanzig Bücher später geschrieben worden ist, wo sie doch in diesem Falle vernünftiger Weise an l. 10 cit. anschliessen sollte.

Man könnte also in dieser l. 1, § 34 cit. mit ebenso viel Recht den Fall eines depositum irregulare vermuten, indem der Deponent durch die von Anfang an gestattete Gebrauchserlaubniss es dem Depositär anheimstellt, tunc undem oder idem zurückzugeben; denn der Ausdruck „si voluisses“ utereris hier gegenüber dem „uti tibi si voles permisero“ in l. 10 R. C. scheint insofern einen gewissen Unterschied zu zeigen, indem in letzterer gesagt ist, dass wenn der Depositär das deponirte Geld gebrauchen wolle als Darlehn, er für diesen Fall auch zum Voraus die Erlaubniss des Deponenten habe, und an den wirklichen Gebrauch ein gewisser Rechtsvorgang expressis verbis geknüpft ist; in l. 1, § 34 cit. aber nur schlechtweg der Gebrauch gestattet wird, ohne ausdrückliche Erwähnung des Rechtsvorganges, der sich an den eventuellen Gebrauch knüpfen könnte.

Mag nun aber diese Annahme richtig sein oder nicht, so ist dies dennoch nicht der Grund, was den römischen Juristen zu seiner Aeusserung veranlasst hat. Sein Gedanke war vielmehr der, dass, wenn auch mit der Clausel „utereris si volueris“ oder ähnliche Geld deponirt worden ist, hier doch keine wahre Bedingung vorliege, sondern der Depositär nichts destoweniger mit der actio depositi für

jederzeitige Rückgabe hafte auch vor dem Gebrauch des Geldes, indem durch diese Clausel (utereris si volueris) dem Depositär doch nicht das Recht entstände, das Geld nun solange zurückbehalten zu dürfen, als bis er es wirklich gebraucht.²⁰⁾

Dass aber, solange eine wirkliche conditio depositionis schwebt, der Depositär nicht verpflichtet werden kann auf beliebigen Rückruf des Deponenten die hinterlegte Sache herauszugeben, zeigt deutlich (und mit dieser dürfte die l. 1, § 34 cit. zusammenhängen) die l. 1, § 22, dep. XVI, 3 aus demselben Buche Ulpian's:

Ulp. libro XXX ad edictum. — Est autem et apud Julianum libro tertio decimo digestorum scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait non semper videri posse dolo facere eum qui reposcenti non reddat: quid enim si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? *vel conditio depositionis non exstitit?*

So aufgefasst erhält die lex 1 § 34. cit. ihre vollständige Berechtigung, und es trifft sie nicht mehr der Vorwurf der Wiederholung dessen, was schon eine frühere lex gesagt habe, und der Vorwurf der Ueberflüssigkeit.²¹⁾

Gegenüber den citirten Stellen: l. 9 § 9 und l. 10 R. C. enthält nun die lex 29 § 1. depositi XVI. 3 für diejenigen,²²⁾ welche

²⁰⁾ Aehnlich Brinz: a. a. O. Note 13.

²¹⁾ Sehr unrichtig behauptet auch Mühlhäuser auf S. 24, a. a. O.: — „Dass aber mit der ausdrücklichen Gebrauchserlaubniss (bei l. 10 und l. 1 § 34 cit.) eine Verwandlung in ein mutuum beabsichtigt war, erhellt daraus, dass der Deponent dadurch jedenfalls *bis zu einem gewissen Grade sich seines Rückforderungsrechtes begeben* und damit auf die Vorteile eines depositum gleichsam Verzicht geleistet hat.“ — Das ist es ja eben, was gerade die l. 1 § 34 cit. verneint. Wohl ist in l. 9 § 9. und l. 10. R. C. eine Verwandlung in ein mutuum als beabsichtigt anzunehmen, aber nicht aus dem obigen von Mühlhäuser angeführten Grunde, sondern ganz einfach deshalb, weil ohne diese bestimmte Absicht eine solche Verwandlung nicht möglich wäre. Denn bei jedem Vertrage, der zu Stande kommt, muss doch die bestimmte Absicht der Parteien, gerade diesen Vertrag und keinen andern abgeschlossen haben zu wollen, vorausgesetzt werden.

²²⁾ Vgl. Neustetel: a. a. O. pg. 12. Schmid: a. a. O. pg. 94. Heimbach: a. a. O. pg. 435. Glück: Commentar pg. 169. Schaffrath: a. a. O. 117 ff.

behaupten, dass durch ausdrückliche Gebrauchserlaubniss das Depositum jedesmal in ein Darlehn übergehe einen Widerspruch, welcher durch die verschiedenartigsten Auslegungen zu heben gesucht wird, von denen aber keine ganz genügen kann. Auch andere²³⁾ haben in dieser Stelle anderes suchen zu müssen geglaubt, als was sie wirklich sagen will.

Der Hauptfehler ist bei allen, dass die einen ganz²⁴⁾, die andern teilweise übersehen haben, wie dieser § 1 leg. cit. mit princ. leg. cit. innig zusammenhängt.

l. 29 dep. Paulus libro secundo sententiarum. Si sacculum vel argentum signatum deposuero et is penes quem depositum fuit me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit.

§ 1. Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei judiciis usuras ejus nomine praestare mihi cogitur.

Hier sind vor allem zwei Hauptfälle auseinander zu halten, je nachdem die Erlaubniss, von der in § 1 l. c. die Rede, stillschweigend oder ausdrücklich gegeben worden ist.

I. Ist die Erlaubniss als stillschweigend gegeben anzunehmen, so sind zwei Möglichkeiten:

a) Das Geld ist deponirt worden mit der Abmachung, dass nur tantundem bezahlt werden müsse, oder es sind in diesem Sinne die einzelnen Stücke einfach hingezählt worden, so dass also ein unregelmässiges Depositum vorläge, bei welchem ja eo ipso der Gebrauch des Geldes gestattet ist.²⁵⁾

Es würde also Paulus in dem Falle sagen, dass man bei einem depositum irregulare Zinsen praestiren müsse, auch ohne besondere

²³⁾ *Huschke*: i. Linde's Ztschr. f. Civ. R. und Pr. N. F. II, 150 ff. *Emmerich*: ebendasselbst N. F. XVIII, 117 ff. *Mühlhäuser*: a. a. O. S. 41 ff. *Vangerow*: Pand. pg. 435 ff.

²⁴⁾ Namentlich *Emmerich*: a. a. O. pg. 118, der ex permissu mit deposita pecunia verbindet und übersetzt: „das freiwillig deponirte Geld“, ein Ausdruck, der jedenfalls überflüssiger wäre, als das mihi, an dem sich E. stösst. Dann *Huschke* a. a. O. schlägt vor impermissu, statt ex permissu, zu lesen (i. a. Ztschr. f. Civ. R. und Pr. S. 150 ff.). Dagegen schon *Mühlhäuser*: a. a. O. pg. 44.

²⁵⁾ Dieses nehmen an: *Vangerow*: a. a. O. pg. 435; *Mühlhäuser*: pg. 42. (u. andere.)

Zusage, nur weil man das Geld für sich benütze. Dadurch käme er aber nicht nur mit Papinian in Widerspruch, der in l. 24 i f. dep. des ganz bestimmtesten dies verneint, sondern auch mit sich selbst in l. 26 § 2 dep., wo er sagt, dass ein Contract, in welchem Zinsen versprochen, *modum depositae pecuniae* (nicht *modum depositi*) *excedere*.

Nun stimmen zwar beide Rechtsgelehrten darin überein, dass *secundum conventionem* aus einem Irregulär-depositum Zinsen gefordert werden können, und andere Stellen behaupten das nämliche für den Fall des Verzugs. Es müssten also, wenn man in § 1. l. c. ein *depositum irregulare* annehmen wollte, die Worte „*ut in caeteris bonae fidei iudiciis*“ ergänzt werden mit: „— nämlich *ex pacto* und *ex mora* —.“ (*id est ex pacto et post moram*).²⁶⁾ Dass aber Paulus dieses wirklich sagen wollte, ist sehr unwahrscheinlich, und auch die Gegner scheinen dies nicht annehmen zu wollen.²⁷⁾ Aber noch ein anderer Grund spricht gegen die Annahme von Fall a.: Die meisten Ausleger, auch die Gegner, sind darin einverstanden, dass Paulus hier den Fall von § 1. l. c. dem Fall von *pr. l. c.* gegenüberstellen will.²⁸⁾ Müsste demnach Paulus nicht, wenn er im zweiten Fall wirklich ein *depositum irregulare* im Auge hätte, und wenn er logisch richtig verfahren wollte, dem *depositum regulare* in *pr. l. cit.* das er ausdrücklich als solches bezeichnet, nun auch ausdrücklich ein *depositum irregulare* gegenüberstellen, statt nur eine Consequenz, wie sie sich aus der Natur des *depositum irregulare* ergibt, zu erwähnen? Denn wenn man unter *ex permissu* in § 1. l. cit. eine stillschweigende Erlaubniss vermuten muss, und erst in Folge dieser auf ein *depositum irregulare* zu schliessen ist, so wird schwerlich der gewollte Gegensatz, wenn ein solcher von Paulus wirklich beabsichtigt ist, in juristischer Schärfe herauskommen.

b) Eine andere Möglichkeit wäre die, dass man den Fall in § 1. l. c. als *depositum regulare* mit stillschweigender Gebrauchserlaubniss annähme, indem man das Wort „*permittere*“ als gleichbedeutend mit: „geschehen lassen“, „nichts dazu sagen, wenn es

²⁶⁾ Vgl. hiezu: l. 2. Cod. dep. IV. 34. — *usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent.*

²⁷⁾ Vgl. *Emmerich*: a. a. O. pag. 116; *Huschke*: Ztschr. a. a. O. pg. 150.

²⁸⁾ *Mühlhäuser*: pg. 42; *Schmid*: pg. 94. n. a.

es auch geschieht“ übersetzte.²⁹⁾ Der Sinn der Stelle wäre dann: Wenn ich auch mit der actio furti nicht auf das Doppelte klage, da ich eigentlich nichts gegen den Gebrauch des Geldes habe, so haftet mir der Depositar doch für Zinsen.³⁰⁾ Diese Auslegung würde mehr Symetrie gegenüber princ. l. cit. zeigen und weniger gegen die Logik verstossen. Doch dürfte diese Erklärung als eine gezwungene erscheinen und, wie Neustetel (a. a. O. pg. 13) erklärt, „dem römischen Sprachgebrauch widerstreiten, wonach ex permissu, absolut gestellt, wohl niemals für stillschweigende Erlaubniss genommen wird.“ Es wäre nun noch denkbar, dass Paulus dem Gebrauche invito domino beim depositum regulare in pr. l. entgegensetzen wollte den stillschweigend gestatteten, aus der Natur des Rechtsgeschäftes sich ergebenden Gebrauch beim depositum irregulare in § 1. l.³¹⁾ Doch diese Annahme enthält viel Unwahrscheinliches; denn abgesehen davon, dass das dem depositum regulare in pr. l. entsprechende Glied im § 1. cit., nämlich die ausdrückliche Erwähnung des depositum irregulare, fehlt (pecunia deposita gehört zu utatur), wäre es gegen alle Logik, hier dem Gebrauche invito domino gegenüberzustellen den Gebrauch, der sich aus der Natur des irregulären Depositums ergibt, der ja genau genommen nicht einmal ein stillschweigend gestatteter genannt werden kann, da er ja besteht auch gegen den Willen des Deponenten, sobald abgemacht ist, dass nur tantundem zurückzuzahlen sei. Das einzig logische ist also der mit Willen des Deponenten gestattete, also abgesehen von Fall I. b., *der ausdrücklich gestattete Gebrauch*.

Hiemit kämen wir auf das Gebiet des Hauptfalls II., wo wiederum zwei Möglichkeiten sich zeigen, nämlich:

a) Entweder ist die ausdrückliche Erlaubniss zum Gebrauche des deponirten Geldes von Anfang an gegeben worden, und es läge

²⁹⁾ Als Beleg führt *Mühlhäuser*, der permittere hier so auffasst, auf S. 42 Anm. 4 an: *Scheller*, lat.-deutsch. Handlexik. 1820 pg. 1083.

³⁰⁾ Vgl. mit dieser Erklärung: l. 3 Cod. dep. IV. 34:

(Gordianus) Idem A. Austronio militi. Si depositi experiris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, cum tibi debeat gratulari, quod furti cum actione non facias obnoxium, si quidem qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit.

³¹⁾ Dieser Ansicht mehr scheint *Mühlhäuser* sich zuzuwenden, pg. 41 ff. a. a. O.

somit der Fall der Begründung eines depositum irregulare durch ausdrückliche Gebrauchserlaubniss vor, ein Analogon zu l. 10 R. C. Dies ist aber aus den bereits angeführten Gründen sub I. a. unwahrscheinlich, und so bliebe nur noch die andere Möglichkeit:

b) Die ausdrückliche Gebrauchserlaubniss ist erst später gegeben worden. Hier hätten wir nun den Fall, wo ein depositum regulare durch ausdrückliche Gebrauchsgestattung in ein irregulare übergeht.³²⁾ Der Fall wäre also wie folgt:

Es ist Geld (wahrscheinlich jenes argentum signatum von pr. l. cit. gemeint)³³⁾ deponirt worden, der Deponent erlaubt später dem Depositär, sei es aus eigenem Antriebe, oder auf dessen blosse Anfrage hin, das Geld zu gebrauchen. Der frühere Vertrag, wonach der Deponent eine gewisse Anzahl Geldstücke deponirte, und der Depositär sich verpflichtete, dieselben Stücke wieder zurückzugeben, wird also durch eine Art Novation (wenn man hier von solcher sprechen darf) in einen neuen Vertrag umgeändert (in ein depositum irregulare) dahin gehend, dass der Deponent dem Depositär erlaubt das Geld für seine Zwecke zu verwenden und ihn verpflichtet, nur tantundem zurückzugeben. Für den Vorteil, den der Depositär hiedurch gewinnt, muss er Zinsen leisten ex bonae fidei iudicio.

Dabei ist auch wohl zu beachten in dieser lex der Ausdruck „usuras praestare mihi cogitur“ gegenüber dem in l. 26. § 2 eod.: „secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.“

Zum Unterschied von letzterem scheint Paulus mit dem „usuras praestare mihi cogitur“ hervorheben zu wollen, dass gerade jene Novation zu Gunsten des Depositärs das practisch wichtige Moment sei; so oft auf ein solches Moment im bonae fidei iudicium hingewiesen werden könne, müsse Zins bezahlt werden, indem angenommen wird, dass mit Begründung jener Novation der Depositär auch stillschweigend Zinsen zugesagt habe.

³²⁾ Zu dieser Ansicht neigt sich auch *Windscheid*: a. a. O. § 379 not. 6; *Dernburg*: Pand. a. a. O.; dann *Schmid*: a. a. O. pg. 97 entschieden.

³³⁾ Vgl. dazu: l. 27 § 4 D. de aur. arg. XXXIV. 2. i. f.

Ulpianus lib. ° XXXXIV ° ad Sabinum — Si autem aurum vel *argentum signatum* legatum est, id pater familias videtur testamento legasse, quod ejus aliqua forma est expressum: veluti quae filippi sunt, itemque nomismata et similia.

Dass in diesem Falle eine Praestation von Zinsen nicht im Widerspruch ist mit l. 24 dep. und andern, werden wir später zeigen, vorläufig genügt für uns der Nachweis, dass auch die Quellen noch von einem *Depositum* sprechen, wenn zur Hinterlegung von Geld die ausdrückliche Gebrauchserlaubniss hinzutritt.

§ 4.

Eigentum und Gefahr beim depositum irregulare.

Die herrschende Meinung¹⁾ nimmt bei der Deposition von Fungibilien schlechthin Uebergang von Eigentum und Gefahr auf den Empfänger an. Die blosse Gebrauchserlaubniss bei Hinterlegung von Geld begründet dies freilich nicht, denn in dieser liegt nur eine Offerte zum irregulären *Depositum*. Dagegen wird durch die stillschweigende Hinnahme des zu deponirenden Geldes, oder auch durch die stillschweigende Hinnahme dieser Offerte, die Annahme der Gebrauchserlaubniss constatirt. Mit dieser Annahme geht aber der juristische Besitz auf den Depositar über, denn *animo coepit possidere*.²⁾ Da aber der juristische Besitz sich vom Eigentum nur dadurch unterscheidet, dass ersterer das factische Herr-

¹⁾ *Puchta*: § 321 c. *Arndts*: § 286. *Vangerow*: § 630. *Seuffert*: P. § 317. 1. *Unterholzner*: § 660. 4. *Windscheid*: § 399. *Mühlhäuser*: § 12. Vgl. *Brinz*: Pand. II. S. 602. Anm. 13.

²⁾ l. 9 § 9. dep. Dass auf diese Stelle hingewiesen wird im Hinblick auf das früher darüber gesagte, darf nicht befremden, da bezgl. Uebergang von Gefahr und Eigentum *Depositum* und Darlehn sich gleich bleiben. Vgl. auch *Heimbach*: creditum. pag 431.

Die Ausübung des Gebrauchs ist hier so wenig erforderlich, wie das ständige Gebrauchen jeder andern Sache, die man in juristischem Besitz hat. Dies gegen *Neustetel*: a. a. O. § 4. pg. 10.

Man beachte wohl, dass hier in der Annahme des Geldes zugleich auch die Annahme der Gebrauchserlaubniss liegt und insofern kann man, da der Depositar von diesem Momente an nun nicht mehr gehalten ist die gleichen Stücke, sondern nur die gleiche Summe zu restituiren, von einem Uebergang des jur. Besitzes sprechen. Beim reg. *Depositum* findet nur eine Annahme der dep. Sache schlechtweg statt: der Depositar ist zur Rückgabe von idem auf beliebigen Rückruf hin verpflichtet, er ist hier Detentor.

schaftsverhältniss über eine Sache bezeichnet, letzteres dagegen das rechtliche³⁾, so ist der Depositär in diesem Falle auch Eigentümer der deponirten Sache; denn laut des zu Grunde liegenden Contractes ist er berechtigt, jedwede Herrschaft über die hinterlegte Sache auszuüben. Aber freilich muss man denn auch da sofortigen Uebergang von Eigentum und Gefahr annehmen, wo es in das Belieben des Depositars gestellt ist, das deponirte Geld anzugreifen oder nicht.⁴⁾ Dies einerseits schon aus practischen Gründen; denn wollte man Uebergang von Gefahr und Eigentum erst vom Momente des wirklichen Gebrauchs an annehmen,⁴⁾ so müsste schliesslich bei Untergang der Sache der Deponent die Gefahr immer an sich tragen, da der Depositär ja den Gebrauch nur abzuleugnen braucht; wogegen es schwer sein wird bei Untergang der Sache letztern nachzuweisen. Andererseits aber auch aus theoretischen. Denn wenn der Deponent es dem Belieben des Depositars anheimstellt, das deponirte Geld zu benutzen oder nicht, so ist, da das depositum immer als im Interesse des Deponenten in erster Linie gegeben angesehen werden muss, und desshalb auch unentgeltlich ist, dieses Interesse des Deponenten auch vor allem zu berücksichtigen. Dasselbe besteht nun darin, dass durch die Gebrauchserlaubniss die Gefahr vom Deponenten auf den Depositär übergewälzt wird. Es hat letzterer, wenn er diese Mehrhaftung, trotz der Gebrauchserlaubniss als Entgelt, nicht übernehmen will, das Recht sie abzulehnen, aber er muss sich sofort bei Uebernahme des Geldes erklären; denn andernfalls hätte er den alleinigen Vorteil aus der Gebrauchserlaubniss, was doch gegen die Natur dieses Vertrages wäre. Diese Ansicht wurde von verschiedenen Seiten bekämpft,⁵⁾

³⁾ Vgl. *Wächter*: Pand. II. pg. 30 ff.

⁴⁾ Dies gegen *Windscheid*, welcher nur dann sofortigen Uebergang von Eigentum und Gefahr annimmt, „wenn abgemacht wird, dass der Empfänger Eigentümer des deponirten Geldes werde.“

Der Uebergang des Eigentums ist nicht das Hauptkriterium beim depositum irregulare. Er ist vielmehr nur, wie die Gebrauchserlaubniss, eine Folgerung aus der Fungibilität des Geldes, wenn abgemacht ist, dass nur ebensoviel von derselben Güte zurückzugeben sei. Es kann desshalb eine solche Abmachung, wie sie *Windscheid* oben vorsieht, kein besonderes depositum irregulare mit sofortigem Eigentumsübergang schaffen, wenn dieser Uebergang auch sonst nicht möglich ist.

⁵⁾ *Brinz*: Pand. II. 602. *Neustetel*: pg. 10 ff.

indem man als Gegenbeweis auf die l. 24 § 2. de reb. auct. XXXXII. 5. hinwies, an deren Schluss gesagt ist, dass im Konkurse der Geldwechsler die Deponenten die noch vorhandenen deponirten Geldstücke vindiciren könnten.

6) Ulpianus libro LXIII. ad edictum. — § 2. In bonis mensularii vendundis post privilegia potiozem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia.

Die Ansicht Mühlhäusers,⁷⁾ dass die deponirten Geldstücke zwar in das Eigentum des mensularius übergegangen seien, dass aber aus Gründen der aequitas die exstantes nummi von den Deponenten vindicirt werden könnten, ist verwerflich; denn so weit kann doch die Rücksicht auf Billigkeit nicht gehen, dass desshalb fundamentale Grundsätze derart durchbrochen werden, indem fremdes Eigentum zu vindiciren erlaubt wird. Es ist hier am Schluss der Stelle wohl von dem Fall die Rede, wo die Deponenten den mensulariis erlaubt haben von dem regelmässigen Gelddepositum in Form von zinsbaren Darlehn eventuell Gebrauch zu machen. In diesem Falle bleibt das Eigentum der nicht angegriffenen Stücke nach l. 10. dep. beim Deponenten, der sie also auch vindiciren kann, wenn sie noch vorhanden sind.⁸⁾

6) Man hat diese Stelle vielfach als im Widerspruch sich befindend mit l. 7 § 2 dep. 16. 3 aufgefasst: Ulp. lib^o. XXX. ad edictum: Quotiens foro cedunt numularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas fœnore apud numularios, vel cum numulariis, vel per ipsos exercebant; et *ante privilegia* igitur, si bona venierunt, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito. sq.

Das Richtige scheint aber *Huschke* getroffen zu haben; er nimmt an, dass in l. cit. diejenigen gemeint seien, welche Geld als regelm. Depositum hinterlegt haben und denen dasselbe von den argentarii angebrochen worden. In l. 24 § 2 cit. i. Anf. aber seien solche gemeint, welche das Geld offen hingezählt, also irregulär deponirt hätten. *Huschke*: Lehre v. Darlehn 1882. pg. 24.

7) *Mühlhäuser*: a. a. O. § 18.

8) Vgl. ebendasselbst *Huschke*: pg. 24.

Für diese Auslegung spricht folgendes: In der römischen Kaiserzeit war der Geldverkehr nicht in dem hohen Grade betrieben, wie es heutzutage geschieht; wer mit Geld Geschäfte machen wollte, war darauf angewiesen, dasselbe gegen höhern Zins auszuleihen. So die römischen *argentarii* und *mensularii*. Diese konnten kaum sich dazu verstanden haben, auf deponirte Gelder Zinsen zu zahlen; denn wenn sie diese Gelder jeden Augenblick zur Zurückgabe bereit halten mussten, oder an deren Stelle anderes, für das sie doch auch Zinsen zu berechnen gezwungen waren, so mochte es schwer werden aus diesen Geldern soviel herauszuschlagen, dass über die an den Deponenten gezahlten Zinsen hinaus noch etwas für den Geschäftsmann übrig blieb. Es ist deshalb ganz natürlich, und darauf deuten auch die Ausdrücke: „*aliud est enim credere, aliud deponere*“ in l. 24. cit. und „*quasi renuntiaverint deposito*“ in l. 7 § 2 cit., dass die römischen Geldwechsler *nur für dargeliehenes Geld Zinsen gaben*, bei welchem sie doch die grössere Sicherheit hatten, dass es länger in ihrem Besitz bleibe.⁹⁾ Wenn nun auch Ulpian dieses Rechtsgeschäft nicht deutlicher bezeichnete, so ist dies begreiflich, denn da ausser dem direkten Darlehn sonst kein anderes Zinsgeschäft bei den *argentarii* möglich war, so war für die römischen Leser seiner Schriften eine nähere Bezeichnung überflüssig.

Eine andere Stelle, die lex. 8. Cod. dep. 4. 34, spricht ebenso wenig gegen die herrschende Meinung.

Idem (Diocletianus et Maximianus) A. A. et C. C. Aurelio Alexandro. Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cujuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide quam ejus successores teneri tibi certissimum est. adversus eum autem qui accepit nulla actio tibi competit, nisi nummi exstant: tunc enim contra possidentem uti vindicatione potes.

Diese Stelle handelt von nichts anderem, als von einem regu-

⁹⁾ Vgl. *Scacciae*: Tract. § 1. quaest VII. par. II. ampl. III. n. 23. — Ratio vero, qua Bancharii alibi accipiunt mercedem est, quia mutuarius non tenetur statim restituere, et ideo mutuum dicitur factum gratia mutuarii: secus est in deposito, quod cum fiat gratia deponentis, tenetur depositarius sempertus stare paratus ad restituendum depositum. —

lären Gelddepositum, das der Depositär furtivistischer Weise einem Dritten zum Darlehn gab. Das Eigentum an den einzelnen Geldstücken ist nicht auf den Depositär übergegangen, desshalb können die noch vorhandenen Münzen vom Deponenten bei dem Dritten vindicirt werden. Gegen den Depositär und dessen Erben hat er die Contractsklage und die rei vindicatio, denn dolo desiit possidere.^{9a)}

Ein depositum irregulare kann hier nicht gemeint sein, denn da bei diesem das Eigentum spätestens mit Gebrauch des deponirten Geldes übergehen müsste, so würde der Depositär das Darlehn immer noch aus eigenem Gelde gemacht haben, wesshalb der Deponent die vorhandenen Geldstücke beim Darlehn empfangenden Dritten nicht vindiciren könnte, da diese als vom Eigentümer gegeben auch sofort in's Eigenthum des Empfängers übergehen. Dasselbe ist natürlich noch im höhern Grade der Fall, wenn man mit der herrschenden Meinung sofortigen Uebergang von Eigentum bei der Deposition von Fungibilien annimmt.

Also mit Annahme der Gebrauchserlaubniss geht das Eigentum des deponirten Geldes auf den Depositär über.

Dagegen ist es unrichtig, wenn man mit einigen Gelehrten¹⁰⁾ annimmt: Weil der Depositär Eigentümer werde, müsse er auch die Gefahr tragen. Im Grunde wäre das doch nur eine Anerkennung des Satzes: „casum sentit dominus,“ dessen Allgemeingiltigkeit man sonst mit Recht nicht mehr anerkennt.¹¹⁾ Der Depositär trägt allerdings die Gefahr des hinterlegten Geldes, wenn abgemacht ist, dass nur tantundem zurückzuzahlen sei, aber nicht desshalb, weil er Eigentümer geworden, sondern aus dem einfachen Grunde, weil er nur in genere zu restituiren braucht; denn genus perire non potest.

Für die Richtigkeit dieser Behauptung haben wir ein ausdrückliches Zeugniss von Gajus: l. 42 de jure dot. D. 23. 3:

Gajus libro XI. ad edictum provinciale. Res in dotem datae, quae pondere, numero mensura constant, *mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum*

^{9a)} Vgl. *Wächter*: II. § 143 III.

¹⁰⁾ *Windscheid*: a. a. O. n. 6. *Brinz*: a. a. O. II. pg. 602. *Neustetel*: pg. 10 unten. Vgl. dagegen *Pernice*: Labeo II. pg. 262 ff.

¹¹⁾ *Pernice*: Labeo pg. 264. ³

distrahat et quandoque soluto matrimonio ejusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres ejus.

Für den Uebergang der Gefahr bei Hingabe von Fungibilien ist diese Stelle kaum zu missverstehen; wie man aber darin wie Mühlhäuser¹²⁾ einen Beweis für den sofortigen Eigentumsübergang beim depositum irregulare finden kann, ist uns unbegreiflich.

Anhang: Weil also das periculum auch sonst, unabhängig vom Eigentumsübergang, auf den Depositär übergeht im Fall der Deposition von Fungibilien, so folgt daraus, dass dies auch geschehen kann, bevor der Depositär Eigentümer wird, indem der Deponent sich das Eigentum an der deponirten fungiblen Sache bis zu einem gewissen Zeitpunkt vorbehält, und erst von diesem Zeitpunkt an dem Depositär den Gebrauch erlaubt. Dies ist der Fall der berühmten l. 4 pr. de rebus creditis. Dig. XII. 1:

Ulpianus libro XXXIV ad Sabinum. Si quis nec causam nec propositum faenerandi habuerit et tu empturus praedia desideraveris mutuam pecuniam nec volueris creditae nomine antequam emissas suscipere atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut si emissas, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est ejus qui suscepit. nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit. (Vgl. Mühlhäuser § 14).

Der Fall ist folgender: A. will ein Grundstück kaufen und braucht dazu Geld. Er will aber in kein Darlehnschuldverhältniss treten, bis der Kauf sicher abgeschlossen ist. B. will ihm das Geld leihen, da er aber wegen einer beabsichtigten Reise den Abschluss des Kaufes nicht abwarten kann, deponirt er das zum Kaufe nötige Geld beim A. selbst, mit der Bedingung, dass wenn es zum Kaufe komme, der Depositär das Geld als Darlehn verwenden könne. Es liegt also ein reguläres Depositum vor, das unter der Bedingung des Kaufabschlusses sich in ein Darlehn verwandelt. Der Deponent ist Eigentümer, er kann aber das Depositum nicht zurückverlangen vor Eintritt der Bedingung, resp. vor der Verwandlung in ein Dar-

¹²⁾ Mühlhäuser: a. a. O. pg. 32.

lehn, so lange die Bedingung möglich; denn es ist nicht in das Belieben des Depositars der Gebrauch gestellt, wie in l. 1 § 34. dep. und l. 10. R. C., sondern der Gebrauch ist an die ausdrückliche und wahre ¹³⁾ Bedingung des Kaufabschlusses geknüpft, was nach Marcellus l. 1 § 22 i. f. dep. die beliebige Rückforderung der deponirten Sache vor Eintritt der Bedingung suspendirt. So lange also Aussicht vorhanden ist, dass der Kauf zu Stande kommt, so lange liegt auf Seite des Deponenten nur eine Genusforderung, resp. auf Seite des Depositars eine Genusschuld, trotz des depositum regulare, denn die Revocabilität desselben ist gebunden bis zum Kaufabschluss und mit Eintritt dieses wird ja das Depositum zu einem Darlehn; der Depositar hat also bei ordnungsmässigem Verlauf der Dinge nur tantundem zu restituiren, und in Folge dessen trägt er auch die Gefahr der deponirten Sache. Zerschlägt sich dagegen der Kauf, so dass die Bedingung unmöglich wird, so kann allerdings der Deponent die gleichen Geldstücke zurückverlangen, von diesem Augenblick an fällt auch die Gefahr wieder auf ihn zurück.

Mühlhäuser¹⁴⁾ nimmt zwar an, „dass der Depositar, um das künftige Darlehn möglich zu machen, sich dem nec causam nec propositum foenerandi habenti Deponenten selbst zur Uebernahme des Depositum erboten hat“, dieses geht aber weder aus dem Wortlaut der Stelle hervor, noch würde dann der Schlusssatz: nam et qui rem vendendam acceperit . . . etc. verständlich sein. Eben- sowenig kann die Ansicht genügen, welche den Grund des Ueber- gangs der Gefahr in der Deposition zum ausschliesslichen Vorteil des Depositars sieht, eine Ansicht, die namentlich von Glück¹⁵⁾ vertreten, aber schon von Mühlhäuser¹⁵⁾ bekämpft worden ist. Entschieden zu weit geht hierin Schmid (vgl. § 1 A. sub. 3) mit der Behauptung: „weil das Depositum (in l. 4 cit.) bloss zum Nutzen des Depositars gereicht, so wird dasselbe als depositum irregulare betrachtet“. Diese Annahme entbehrt aller Begründung.

¹³⁾ Im Gegensatz zu: „utereris si volueris;“ „uti tibi, si voles, permisero“. Vgl. § 3.

¹⁴⁾ Mühlhäuser: a. a. O. pg. 39.

¹⁵⁾ Glück: a. a. O. pg. 179. Mühlhäuser: pg. 39.

§ 5.

Die Zinspflicht des depositarius irregularis.

Darin ist man einverstanden, und eine ganze Reihe von Quellenzeugnissen ¹⁾ lassen darüber keinen Zweifel, dass der Depositarius im depositum irregulare, wie im depositum regulare, Verzugszinsen, Zinsen ex mora, zu entrichten hat; ferner dass schon aus der Natur des irregulären Depositums, als eines bonae fidei negotium, eine Zinspflicht des Depositars auch durch pactum adjectum ²⁾ begründet werden kann. Dagegen ist viel bestritten die Frage, ob der depositarius irregularis auch ohne Verabredung dann noch Zinsen zahlen müsse, wenn er das deponirte Geld für sich verwendet, oder seinerseits aus demselben Zinsen gezogen hat. Diejenigen, ³⁾ welche diese Frage bejahen, stützen sich namentlich auf die früher schon angeführte lex 29 § 1 dep., wobei sie aber, indem sie diese Stelle allgemein anwenden, offenbar zu weit gehen.

Der Depositarius beim irregulären Depositum ist Eigentümer des deponirten Geldes. Dieses Eigentum ist aber nicht der Hauptzweck des Vertrages (das Depositum wird gegeben zum Zwecke der Aufbewahrung), d. h. der Vertrag wird nicht geschlossen um Eigentum zu übertragen, sondern dieser Uebergang des Eigentums ergibt sich von selbst aus der Fungibilität der deponirten Gegenstände, oder, auch ohne Gebrauch, in Folge der geäußerten Gebrauchserlaubniss. Wenn also nichts besonderes pactirt ist, so ergibt es sich schon aus dem Begriffe des Eigentums, dass Zinsen ohne weiteres nicht bezahlt werden müssen. Denn Zinsen, usurae, bedeuten, wie der Name schon sagt, nichts anderes als Gebrauchslohn; für eine eigene Sache aber bloss wegen des Gebrauchs noch

¹⁾ l. 24 und 25 § 1 dep. 16. 3; l. 32 § 2 de usuris 22. 1; l. 2 Cod. dep. 4. 34.

²⁾ l. 24 und l. 26 § 1. dep. 16. 3.

³⁾ *Neustetel*: a. a. O. pg. 11. *Vangerow*: a. a. O. pg. 416. *Mühlhäuser*: a. a. O. pg. 47 ff. *Huschke*: Darlehn pg. 23. Gegen diese Ansicht: *Windscheid*: a. a. O. § 379 N. 2. *Glück*: pg. 185. oben. *Schmid*: pg. 86. ff. *Dernburg*: a. a. O. Note 6. *Brinz*: II. 602 N. 13 i. f. *Emmerich*: pg. 117. *Heimbach*: u. a. Diese nehmen nur Zinspflicht ex mora und ex pacto an.

Gebrauchslohn zu zahlen, kann unter normalen Verhältnissen von Niemandem verlangt werden.

Anders ist es z. B. mit dem modernen verzinslichen Darlehn. Hier wird der Darlehnsempfänger ebenfalls Eigentümer des Geldes und doch muss er Zinsen ohne weiteres zahlen, auch wenn er das Geld nicht einmal gebrauchen sollte; aber hier ist die Uebertragung des Geldes in fremdes Eigentum der eigentliche Zweck des Vertrages, man will dadurch dem Empfänger den Vorteil zukommen lassen, den man im andern Fall selbst hätte, in dem Sinne, dass der Empfänger später dieselbe Summe zurückgebe nebst der Entschädigung für den überlassenen Gebrauch.

Diese Absicht wird in der Regel beim irregulären Depositum nicht vermuthet, eben wegen der Verschiedenheit der Intention der Parteien bei Eingehung dieser beiden Verträge, des Darlehns und des Depositums.⁴⁾ Sie ist aber nichtsdestoweniger möglich, und lässt sich ausdrücklich erkennen in den formlosen Zinsversprechungen, wie sie beim Depositum als einem bonae fidei negotium zulässig und klagbar sind. Ausser diesem ist es aber auch noch dem officium judicis in den bonae fidei judiciis überlassen, da ex fide bona auf Zinsen zu erkennen, wo es sich herausstellt, dass eine Gebrauchserlaubniss, resp. Eigentumsübertragung an den Depositar nur stattgefunden hat im Interesse des letztern, um ihm das bestehende Rechtsverhältniss angenehmer und vorteilhafter zu machen. Dies scheint nun der Inhalt der bei früherer Gelegenheit schon besprochenen l. 29 § 1. dep. 16. 3. ⁵⁾ zu sein, wenn man nicht mit andern hier annehmen will, es sei nach „ut in ceteris bonae fidei judiciis“ zu ergänzen: „id est ex mora et ex pacto“.

Für diese Auffassung scheint mir ein Passus aus einer ebenfalls bereits früher⁶⁾ behandelten Stelle deutlich zu sprechen; nämlich in l. 24. Dig. dep. 16. 3. sagt Papinian: — et est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed

⁴⁾ Die Möglichkeit der Ueberwälzung der Gefahr auf den Depositar kann oft das Motiv zur Eingehung des irregulären Depositums anstatt des regulären bilden.

⁵⁾ Siehe in § 3. Vgl. *Endemann*: Zeitschrift f. d. gesammte H. R. Bd. IV. pg. 58.

⁶⁾ Siehe § 2 i. Anf.

contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.

Was ist nun der Sinn von „tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio?“ Doch nicht der, dass der Richter im bonae fidei iudicio einem blossen Zinspactum ebensoviel Rechtskraft verleihen könne, wie sie die stipulatio inne hat, d. h. dasselbe in einer diesbezüglichen Klage als rechtgültig anerkennen könne.^{6a)} Dann müsste auch das Gegenteil möglich sein, nämlich dass der Richter trotz eines solchen Zinspactums die Klage auf Zinsen abschlagen könnte. Dies ist aber kaum anzunehmen nach den bestimmten Behauptungen der römischen Juristen, dass ein Zinspactum immer zur Zahlung von Zinsen verpflichte in einem bonae fidei negotium. Der Sinn der l. 24 cit. ist auch sehr deutlich folgender: In den bonae fidei iudiciis kann das officium arbitri die Zinsstipulation sowohl als das Zinspactum ersetzen und Zinsen dem Fordern- den zusprechen ex fide bona, nach billigem richterlichem Ermessen. Aber es wäre gegen die bona fides und gegen die Natur des Depositums ausser Verzug von demjenigen Zinsen zu verlangen, welcher beneficium in suscipienda pecunia dedit, und desshalb darf in solchen Fällen der Richter auch keine Zinsen zusprechen. Wenn aber von Anfang an Zinsen verabredet sind, trotzdem der Richter vielleicht finden müsste, eine Zinsforderung sei gegen die bona fides, so kann der Richter die Klage doch nicht verweigern, denn in diesem Falle ist allein die lex contractus massgebend.

Es spricht also diese Stelle sowohl gegen diejenigen, welche annehmen, dass nur ex mora vel ex pacto eine Zinsverpflichtung bestehe, als auch gegen die, welche eine solche überall dann annehmen, wenn der Depositar das deponirte Geld für sich gebraucht oder ausgeliehen und seinerseits Zinsen davon bezogen hat.

^{6a)} Da nämlich die Möglichkeit, sich durch ein formloses Zinspactum Zinsen versprechen zu lassen hier nicht erwähnt ist, so könnte es wohl vorkommen, dass Jemand auf diese Auslegung käme, indem angenommen würde, das officium arbitri beziehe sich eben auf ein solches Zinspactum in der Meinung, dass dieses nur unvollkommene Rechtskraft besitze und zu seiner vollen Gültigkeit noch der Anerkennung des Richters bedürfe.

Mühlhäuser, der auf diesem letztern Standpunkte steht, behauptet:⁷⁾ der Relativsatz, „qui beneficium dedit“, schliesst seiner Natur nach eine Bedingung in sich. Wenn der Depositar wirklich einen Vorteil erlangt hat, so ist es eben einfach nicht mehr der, »qui beneficium dedit«, und die bona fides ist dann auf Seiten des Deponenten, welcher für den entbehrten Gebrauch Zinsen verlangt, weil derselbe factisch welche getragen.“ Darnach scheint Mühlhäuser anzunehmen, dass der römische Jurist unter dem beneficium dans nur den verstehe, welcher das deponirte Geld in seinem Gewahrsam behält, ohne es je zu gebrauchen; denn entweder brauche ich das deponirte Geld, oder leihe es gegen Zinsen aus, und dann habe ich einen gewissen Vorteil erlangt; oder ich gebrauche dasselbe nicht und leihe es nicht gegen Zinsen aus und dann habe ich keinen Vorteil. Diese Annahme Mühlhäusers ist aber schlechthin verwerflich; der Depositarius irregularis, der das bei ihm deponirte Geld nicht für sich benützt, noch dasselbe gegen Zinsen ausleiht, hat für die blosse Möglichkeit das Geld gebrauchen zu dürfen, ohne Strafzinsen bezahlen zu müssen, eine schon weit grössere Gegenleistung eingesetzt in der Uebernahme der Gefahr; der Gedanke, dass Jemand von diesem nun noch Zinsen verlangen wollte, ist ein so ferner, wäre ein so absurder, dass er dem römischen Juristen nie in den Sinn hätte kommen können; so hätte er auch keine Veranlassung zu sagen, es sei gegen die bona fides . . etc., von diesem auser mora noch Zinsen zu verlangen.

Nein, nein, unter den »qui beneficium in suscipienda pecunia dederunt« verstand Papinian einfach diejenigen, welche in der unentgeltlichen Uebernahme von Geldern zur Aufbewahrung und in der Tragung der Gefahr dem Deponenten einen Gefallen erwiesen, ohne Rücksicht darauf, ob sie das Geld, über das sie nun nach der Natur des depositum irregulare Eigentümer geworden sind, gebrauchen oder dasselbe unangetastet im Schranke liegen lassen. Dem Deponenten gegenüber ist die Uebernahme immer noch ein beneficium, sein Bestreben ist einfach, das Geld, das er momentan nicht braucht, und das ihm im Wege ist, jemand anderem zur Auf-

⁷⁾ Mühlhäuser: a. a. O. pg. 47 unten.

bewahrung zu übergeben, mag damit geschehen, was will, wenn er nur die gleiche Summe zu jeder Zeit wieder zurückfordern kann. Das beneficium liegt in der Aufnahme, der Aufbewahrung des Geldes und in der Uebernahme der Gefahr; ob das deponirte Geld an Zinsen gelegt, oder zu eigenem Nutzen verwendet, oder in der Truhe liegen gelassen wird, kann dem Deponenten an und für sich gleichgültig sein, solange er tantundem zurückerhält; für ihn verliert die deponirte Summe desshalb nicht an Wert, weil sie gebraucht wird. Es ist auch falsch, wenn Mühlhäuser sagt, der Deponent könne für den „entbehrten Gebrauch“ Zinsen verlangen. Der Deponent *entbehrt* den Gebrauch des Geldes gar nicht; ich könnte denn mit demselben Recht behaupten, ich entbehre den Gebrauch meines Geldes, weil ich dasselbe in der Tasche und nicht beständig zwischen den Fingern habe, um damit zu kaufen. Es ist ja dem Deponenten unbenommen das Geld zurückzunehmen, sobald er einen Gebrauch damit weiss zu machen; ist dies aber nicht der Fall, so lässt er eben das Geld beim Depositar, aber dann soll man auch nicht sagen, er *entbehre* den Gebrauch desselben, und dann hat er auch keinen Anlass für *entbehrten Gebrauch* Zinsen zu verlangen.

Die Erklärung des „contra bonam fidem etc. . . .“ durch Vangerow,⁸⁾ „dass in concreto der Depositar wegen seines ausdrücklichen Versprechens, in jedem Augenblick, wann es Sempronius verlangen würde, die Summe zu restituiren, wohl keinen faktischen Vorteil erlangt haben werde,“ kann ebenfalls nicht genügen, denn dies scheint eher eine geschickte Umgehung der Klippe, als eine wirkliche Erklärung von nur etwelchem Wert zu sein.

Der Grundsatz, wie er in der zweiten Hälfte der l. 24 cit. über die Zinspflicht beim depositum irregulare aufgestellt ist, wird zum Teil unterstützt durch l. 25 § 1. dep. 16. 3.:

Papinianus libro III responsorum. — § 1. Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est.

Also post moram kann der zu Zinsen verurteilt werden,

⁸⁾ Vangerow: a. a. O. pg. 420.

welcher unversiegelt deponirtes Geld, und mit der Uebereinkunft deponirt, dass nur tantundem zurückzugeben sei, für sich verwendet, ante moram aber besteht in diesem Falle keine Zinspflicht. Deutlicher kann wohl kaum eine Stelle sein.⁹⁾

Mit Unrecht behauptet Neustetel¹⁰⁾ und mit ihm nun auch neuerdings Mühlhäuser,¹¹⁾ dass man hier nicht mittelst argumentum a contrario schliessen dürfe, ante moram sei keine Zinspflicht vorhanden. „Denn“ begründet Neustetel¹⁰⁾ „l. 25 § 1 cit. ist aus den libris responsorum des Papinian entlehnt, antwortet also nur auf die vorgelegte Frage, ob post moram von dem Depositum Zinsen gefordert werden könnte.“ Woher aber Neustetel weiss, dass die Frage so und nicht anders gelautet hat, ist ein Räthsel. Kann nicht eben so gut gefragt worden sein, ob im vorliegenden Fall überhaupt Zinsen gefordert werden könnten? Antwort: Ja, post moram.

Noch viel weniger stichhaltig ist der Einwurf Mühlhäusers¹²⁾: „Man dürfe aus dieser Stelle nicht mit arg. a contr. schliessen, dass ante moram keine Zinspflicht bestehe, denn sonst wären damit zugleich die usurae ex pacto negirt.“ Dieser Einwand wäre verständlich, wenn in vorliegendem Falle von einem Zinspactum die Rede wäre. Aber es ist hier weder von einem solchen die Rede, noch ist auch für den Richter ein Grund vorhanden ex fide bona auf Zinsen zu erkennen, wesshalb durch den Schluss mittelst arg. a contr. keiner von diesen Gesichtspunkten verneint werden kann. Dagegen wird aber hiedurch deutlich genug die Behauptung verneint, als ob bei Gebrauch des irregulär deponirten Geldes der Depositar ohne weiteres zur Zinszahlung verpflichtet sei.

Eine andere Stelle, lex 28. dep. 16. 3. wird ebenso willkührlich ausgelegt:

Scaevola libro I responsorum. Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: „Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse:

⁹⁾ Diese Ansicht vertritt schon *Schmid*: a. a. O. pg. 86 u. a.

¹⁰⁾ *Neustetel*: a. a. O. pg. 11. ¹¹⁾ *Mühlhäuser*: pg. 47 ff.

¹²⁾ *Mühlhäuser*: pg. 48.

quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebo.“ quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est.

Statt nun hier, wie es kaum zu missverstehen ist, auf die bestimmte Frage, ob gestützt auf den vorliegenden Schuldschein Zinsen gefordert werden können, die nicht minder bestimmte Antwort anzunehmen: Ja, ex bonae fidei iudicio, sei es, dass der Depositar Zinsen empfangen, oder das Geld für sich gebraucht hat, weil er sie für diese Fälle versprochen (ut usuras accipias curae habebo), behauptet Neustetel¹³⁾ im Gegenteil, und ihm stimmt wieder Mühlhäuser¹⁴⁾ bei, dass Scaevolas responsum ganz allgemein gehalten sei und sich daher nicht auf Zinsen ex pacto beziehe. Warum aber soll denn nach der Ansicht Neustetels das responsum des Scaevola hier ganz allgemein gehalten sein, da doch die Stelle aus den libris responsorum eines römischen Juristen ist und zudem eine bestimmte Frage vorliegt, während derselbe Neustetel (auf pg. 11) von l. 25 § 1. dep. behauptet, dass sie ebendesshalb, weil sie aus den libris responsorum eines römischen Juristen entnommen sei, nur auf die bestimmte vorgelegte Frage antworte? Denn dies kann doch keinen Unterschied machen, ob Papinian oder Scaevola die Responsen geschrieben hat. Zudem ist es jedenfalls logisch richtiger, wenn überhaupt in den Responsen der classischen Juristen nur auf eine vorgelegte Frage geantwortet wird, dieses vor allem da anzunehmen, wo, wie in l. 28. cit. mit dem responsum auch zugleich die quaestio mitgeteilt ist. Hieraus vorerst lässt sich schliessen, dass das responsum nicht allgemein gehalten sei, sondern sich auf den Umfang der quaestio beschränke.

Unverständlich ist auch für uns wieder der Einwand Mühlhäusers¹⁵⁾: „Wäre von Zinsen ex pacto die Rede, so müssten dieselben überhaupt gezahlt werden, nicht bloss in den beiden gedachten Fällen.“ Dies ist doch gar nicht gesagt. Wenn lex contractus servabitur (l. 24 dep.), wenn secundum conventionem usurae

¹³⁾ Neustetel: pg. 14. ¹⁴⁾ Mühlhäuser: pg. 48.

¹⁵⁾ Mühlhäuser: pg. 48.

peti possunt (l. 26 § 1 dep.), so ist damit nicht gesagt, dass überhaupt, wo ein solches pactum geschlossen worden, ohne weiteres in allen Fällen Zinsen zu zahlen seien, sondern es ist damit nur ausgedrückt, dass *der Inhalt* des pactum adjectum in Betreff der Zinsen massgebend sei. Wenn also der Depositär für den Fall, dass er das deponirte Geld auf Zinsen ausleihen könne, dem Deponenten seinerseits Zinsen verspricht, so verpflichtet er sich damit nicht auch im Falle des Nichtausleihens Zinsen zu zahlen und desshalb wird er auch in diesem Falle nicht zur Zinszahlung verurteilt werden können. Ebensowenig kann aber auch derjenige Depositär zur Zahlung von Zinsen angehalten werden, welcher solche nur für den Fall des Gebrauchs des Geldes, oder für den Fall, dass er seinerseits Zinsen erhalten, versprochen hat, wenn diese Bedingungen nicht eingetreten sind. Und genauer nachgesehen enthält der Schein des Caecilius Candidus nichts anderes, als das Versprechen, dafür sorgen zu wollen, dass dem Deponenten Zinsen aus dem deponirten Gelde erwachsen. Damit ist aber doch noch lange nicht gemeint, dass der Depositär für alle Fälle, also überhaupt, Zinsen zahlen wolle; dagegen ist er gemäss seinem Versprechen ex fide bona zur Zinszahlung verbunden, sobald er einen Vorteil aus dem Depositum gezogen, sei's durch eigenen Gebrauch des Geldes, oder dass er es ausgeliehen und seinerseits Zinsen dafür erhalten hat.

Die von Mühlhäuser¹⁶⁾ weiters angeführten zwei Belegstellen zur Behauptung seines Standpunktes gehören gar nicht hieher, denn beide handeln ausschliesslich von dem Fall eines depositum regulare.

Z. B.: l. 1 § 24. dep. 16. 3.: Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat.

Unter fructus sind hier die fructus naturales zu verstehen, nicht die fructus civiles, die Zinsen, und unter partus der partus ancillae. Was sonst noch an einer Sache Interesse bieten kann, umfasst der Ausdruck omnis causa.

Es geht daraus ganz deutlich hervor, dass hier nur von der

¹⁶⁾ Mühlhäuser: pg. 48.

Deposition einer species die Rede sein kann, also von einem depositum regulare. Wenn nun Mühlhäuser behauptet, dass aus dieser Stelle deutlich hervorgehe, „dass alle aus dem Depositum entspringenden Vorteile dem Deponenten zu Gute kommen müssen, so ist dies ganz richtig, insofern sich diese Stelle nicht auf die Deposition von Fungibilien, sondern auf die einer Species bezieht. Hier fallen allerdings alle Erträgnisse aus der deponirten Sache dem Deponenten zu, *aber nicht desshalb, weil er Deponent ist an und für sich, sondern vielmehr aus dem einfachen Grunde, weil er unbeschränkter Eigentümer der deponirten species ist und bleibt.*

Was nun noch die von Mühlhäuser ebenfalls citirte l. 4 Cod. dep. 4. 34 anbelangt:

Si deposita pecunia is qui eam suscepit usus est, non dubium est etiam usuras debere praestare, so ist hier (wie in der ihr vorangehenden l. 3. ht.) von nichts anderem als von Strafzinsen die Rede, die der Depositär bezahlen muss, wenn er eine versiegelt deponirte Geldsumme ohne Erlaubniss des Deponenten angreift. Dass daraus niemals ein Schluss auf die allgemeine Zinspflicht des Depositars, wenn er irregulär deponirtes Geld gebraucht, gezogen werden kann, gibt doch der Citirende eigentlich selbst zu, indem er eine solche Zinspflicht nur dann annimmt, wenn der Gebrauch dem Depositär einen wirklichen Vorteil einbringt.¹⁷⁾

Untersuchen wir etwas genauer, woher Neustetel und Mühlhäuser zu ihrer Ansicht kommen, so finden wir, dass Neustetel¹⁷⁾ von dem Standpunkt ausgeht, dass das Eigentum an dem irregulär deponirten Gelde erst mit dem Momente des wirklichen Gebrauchs auf den Depositär übergehe, und dass desshalb dieser ex fide bona dem Deponenten zu Zinsen verpflichtet sei, weil letzterem das Eigentum an dem Gelde verloren gehe. Dieser Schluss könnte nicht unrichtig sein, wenn die Voraussetzung richtig wäre¹⁸⁾; wir haben aber bereits im vorigen Paragraphen gezeigt, dass das Eigen-

¹⁷⁾ Siehe *Mühlhäuser*: pg. 45 (§ 17 i. Anf.). Vgl. ebenso *Neustetel*: pg. 11 unten.

¹⁸⁾ Letzteres trifft zwar beim mutuum zu und doch sind hier Zinsen ohne weiteres nicht zu zahlen. Aber auch nur desshalb, weil das mutuum ein neg. stricti juris ist.

tum beim depositum irregulare sofort und ohne weiteres auf den Depositär übergehe.

Anders Mühlhäuser.¹⁹⁾ Dieser geht vom Prinzip der gratuitas aus und folgert daraus, dass alle Vorteile aus dem Depositum dem Deponenten zukommen müssen und in Folge dessen „müsse der Depositär von Rechtswegen jeden aus dem concreten Geschäft gezogenen Vorteil durch Zahlung von Zinsen compensiren“. Darnach wäre nach Mühlhäuser jeder Vorteil, also auch ein zufälliger, welcher dem Depositär (ja auch dem commodans, dem mutuum dans, denn auch die Rechtsgeschäfte dieser beruhen auf dem Prinzip der gratuitas) aus dem betreffenden Rechtsgeschäft entstünde, gegen das Prinzip der gratuitas. Diese Meinung ist aber falsch. Denn erstens bedeutet das Prinzip der gratuitas bei den Realcontracten nichts anderes, als dass beim Darlehn und dem Commodatum eine Sache *sine mercede* zum Verbrauch resp. Gebrauch vom Eigentümer hingegeben wird und beim Depositum, dass sie *sine mercede* zur Aufbewahrung übernommen wird. Damit ist denn doch noch lange nicht gesagt, dass demjenigen, der zu des andern Gunsten das betreffende Geschäft eingeht, aus diesem Geschäft nicht ebenfalls ein Vorteil erwachsen dürfe. So lange ein solcher Vorteil nicht mit Rücksicht auf das Geschäft bedungen ist, ist letzteres immer noch ein unentgeltliches. So ist auch die Zulässigkeit eines honorarium nicht ausgeschlossen beim Depositum, wie l. 2 § 23 de vi bon. rapt. XXXXVII. 8. ganz deutlich zeigt²⁰⁾:

— nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromissi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.

Zweitens lässt sich an verschiedenen Beispielen nachweisen, dass aus einem der benannten Contracte für beide Contrahenten Vorteile erwachsen können, ohne dass das betreffende Rechtsgeschäft den Charakter der Unentgeltlichkeit verliert, was doch nach Mühlhäuser der Fall sein müsste.

Z. B.: A., dessen Pferd unbeschäftigt im Stalle steht, leiht dasselbe seinem Freunde B. für einen Tag zum Gebrauch. Dem

¹⁹⁾ Mühlhäuser: pg. 5 und pg. 45.

²⁰⁾ Glück: Commentar Bd. 15, pg. 143.

Eigentümer kann es nur recht sein, wenn sein Pferd etwas zu arbeiten bekommt; daneben hat er noch den Vorteil, dass so lange das Pferd bei B. bleibt, er kein Futter für dasselbe braucht.²¹⁾

Oder das Beispiel mit dem Gemälde: A. ersucht den B. ein Gemälde in seinem Salon aufhängen zu dürfen, da er selbst momentan keinen Platz habe. Durch die Gewährung ist dem A. ein Dienst erwiesen worden, aber auch B. hat davon einen Vorteil, indem das Bild seinen Salon verschönert u. a.

Damit ist genügend nachgewiesen, dass die Ansicht Neustetels, Mühlhäusers und anderer unhaltbar ist; aber auch die andere Meinung kann nicht befriedigen, dass beim depositum irregulare nur ex mora und ex pacto Zinsen zu bezahlen seien. Vielmehr geht aus l. 24 und l. 29 § 1 und aus dem Charakter des depositum irregulare als eines bonae fidei negotium, wie wir oben schon gezeigt haben, deutlich hervor, dass eine Zinspflicht für den depositarius irregularis besteht sowohl ex mora, ex pacto als auch ex fide bona, dann, wenn die Erlaubniss das deponirte Geld zu gebrauchen rein im Interesse des Depositars geschehen ist, wie z. B. wenn ein bereits bestandenes depositum regulare in ein irregulare verwandelt wird, nur um dem Depositär den Gebrauch des deponirten Geldes zu ermöglichen. Gewöhnlich wird zwar in solchem Falle der Uebergang in ein Darlehn anzunehmen sein, notwendig ist dies aber nicht; das Interesse des Deponenten an der Aufbewahrung des deponirten Geldes kann immer noch grösser, oder mindestens ebenso gross sein, wie das Interesse des Depositars am Gebrauch des Geldes.

§ 6.

Darlehn und depositum irregulare.¹⁾ Schlussbemerkungen.

Nachdem wir nun das römisch-rechtliche depositum irregulare, wie es uns scheint, genügend erörtert haben seinem innern Wesen nach, so bleibt uns nur noch die Aufgabe übrig, in Kürze auf

²¹⁾ l. 1 § 9 in f. dep. XVI. 3.

¹⁾ Vgl. Schmid a. a. O. pg. 83. ff. Windscheid § 379 N. 5. Mühlhäuser § 19. u. § 2. Dernburg a. a. O. etc.

seine äusserlich hervortretenden Unterschiede gegenüber dem Darlehn aufmerksam zu machen, Unterschiede, wie sie schon im römischen Recht bestanden und sich im gemeinen Recht zum Theil noch erhalten haben.

Solcher Unterschiede bestanden sechs, von denen gegenwärtig die drei ersteren weggefallen sind, nämlich:

1. des depositum irregulare als eines bonae fidei negotium, gegenüber dem Darlehn als eines negotium stricti juris;
2. dass die Verurteilung aus der actio depositi directa die Strafe der Infamie mit sich führte, wovon bei der Darlehnsklage keine Rede war.
3. Das Konkursprivilegium des Deponenten; aufgehoben durch R. C. O. § 54. v. 10. Febr. 1877.

Dagegen haben sich im heutigen gemeinen Recht noch erhalten:

4. Die exceptio Senatus consulti Macedoniani.²⁾
5. Die exceptio compensationis und das jus retentionis nach l. 11 Cod. dep. 4. 34. u. l. 14 § 1. in fine Cod. de compens. 4. 31.
6. Die exceptio non numeratae pecuniae nach l. 14 § 1. Cod. de except. n. n. pec. 4. 30.,

welche alle drei dem Darlehnsempfänger zustehen gegenüber dem Darleiher, nicht aber dem Depositär gegenüber dem klagenden Deponenten.

Der innere und Haupt-Unterschied aber zwischen depositum irregulare und Darlehn bleibt immer der, dass beim depositum eine Sache hingegeben wird *zum Zwecke der Aufbewahrung*, das Rechtsgeschäft also in erster Linie *im Interesse des Deponenten*, des Hingebenden, geschlossen wird; beim Darlehn aber wird eine Sache *zum Zwecke der Leihe hingegeben*, das Rechtsgeschäft geschieht *im Interesse des Darlehnsempfängers*.

²⁾ Die exceptio S. C. Maced. ist dann zulässig, wenn Jemand bei einem Haussohn in fraudem legis Geld deponirt, um ihm mit Umgehung des Darlehnsverbotes zum Schuldner zu machen. Aber hier ist dann eben ein Depositum nur dem Namen nach vorhanden, in Wirklichkeit aber ein Darlehn: origo enim potius obligationis quam titulus actionis considerandus est. Vergl. *Mandry*: Familiengüterrecht § 452 sub. III. u. *Dernburg* a. a. O.

Die vorliegende Untersuchung hat ergeben, dass das sg. depositum irregulare bei den römischen Juristen eine besondere Stellung inne gehabt hat neben dem depositum regulare und dass dasselbe sich ebenso sehr vom Darlehn unterscheidet, als das gewöhnliche Depositum vom Commodatum. Die beiden Rechtsgeschäfte sind nichts anderes, als die beiden Unterabteilungen des einen Realcontractes mit der Gesamtbezeichnung: Hinterlegungs-Vertrag, depositum, dessen Kriterium einzig und allein in der unentgeltlichen Aufbewahrung einer Sache, sei's einer species, oder einer res fungibilis (Quantität), besteht.³⁾

Dasselbe Verhältniss finden wir auch beim Leihvertrag, mit seinen beiden Unterabtheilungen, dem Commodat und dem mutuum, oder Sachenleihe und Summenleihe, deren gemeinschaftliches Kriterium in nichts anderem besteht, als in der unentgeltlichen Hingabe einer Sache, species oder res fungibilis, zum Gebrauch. Sämmtliche vier Contracte gehen wieder ihrerseits durch Wegfall der Unentgeltlichkeit in eine der verschiedenen Unterabtheilungen der locatio conductio über.

Die Bezeichnung depositum irregulare, wie sie die spätern Juristen einführten, ist für ein durchgebildetes Rechtssystem deshalb nicht ganz richtig, man müsste denn mit demselben Rechte sagen können, das Darlehn sei ein irreguläres Commodat, oder ein irregulärer Leihvertrag; denn unter einer Sache leihen ist verstanden, dass man sie wieder zurückgibt. In Folge seiner historischen Entwicklung und seiner Bedeutung für das Rechtsleben wird aber Niemand solches vom Darlehn behaupten wollen. Es ist deshalb incorrect, die Bezeichnung der Unregelmässigkeit auch heute noch für die Deposition von Fungibilien beizubehalten.

Dass unter den römischen Juristen die Deposition von Fungibilien noch keinen technischen Ausdruck erhalten hatte, ist begreiflich, indem doch der häufigste und gewöhnlichste Fall der deposition zu jener Zeit die Hinterlegung einer Species sein mochte,

³⁾ Unter diesem Gesichtspunkt wäre vielleicht zu verstehen l. 1 pr. dep. 16. 3. Ulp. lib. XXX. ad edictum. depositum est quod custodiendum alieni datum est, dictum ex eo quod ponitur . . . etc., während die andern Stellen, welche von der Rückgabe in eadem specie sprechen, einfach von nichts anderem als vom depositum regulare, der Hinterlegung einer species, handeln.

und sich das depositum irregulare erst spät und nach und nach ausbildete und zum Rechtsbewusstsein kam. Anders beim Leihvertrag. Von diesem gehörte das Darlehn unstreitig schon zu den ältesten Rechtsgeschäften des jus civile, daher noch seine Eigenschaft als negotium stricti juris. Das Darlehn bildete den gewöhnlichsten Inhalt des nexum, während das Wesen des commodatum als eines besondern Rechtsgeschäfts erst später erkannt wurde. Es war desshalb sehr natürlich, dass man diese beiden Contracte unter verschiedenen termini fortan auseinander hielt, was beim depositum nicht nötig schien. In einem durchgebildeten Rechtssystem aber, wir wiederholen es, ist das sg. depositum irregulare ebenso sehr zu unterscheiden vom gewöhnlichen depositum und vom Darlehn, wie das Commodat zu unterscheiden ist vom Darlehn und dem depositum regulare.

Soll das gewonnene Resultat in ein paar Sätzen zusammengefasst werden, so ergibt sich:

- I. Das depositum irregulare ist die Deposition von Fungibilien mit der Meinung, dass in das Belieben des Depositars gestellt sein soll, entweder dieselben Stücke zu restituiren, oder sie zu gebrauchen und andere derselben Qualität und Quantität bei der Revocation zurückzugeben.
 - II. Mit dem Moment der Uebernahme der irregulär deponirten Sache wird der Depositär Eigentümer.
 - III. Der depositarius irregularis ist verpflichtet zur Rückgabe ejusdem generis, von dem Moment der Uebernahme der irregulär deponirten Sache an trägt er die Gefahr derselben.
 - IV. Der depositarius irregularis hat für die irregulär deponirte Sache Zinsen zu zahlen:
 - a) ex mora, in Folge Verzugs.
 - b) ex pacto, in Folge Vertrags.
 - c) nach billigem richterlichem Ermessen, wenn vom Deponenten nachgewiesen werden kann, dass hauptsächlich mit Rücksicht auf den Depositär und in dessen Interesse irregulär deponirt worden ist, um ihm den Gebrauch des Geldes zu ermöglichen, ansonst der Deponent auch regulär deponirt hätte.
-

Neueres Recht.

§ 7.

Allgemeines.

Für die modernen Gesetzbücher kann der Umstand, dass einige Unterschiede des depositum irregulare vom Darlehn heutzutage weggefallen sind, nicht allein genügen, um erstere Vertragsart zu ignoriren und in allen diesen Fällen nur die Regeln des Darlehnsvertrages angewandt wissen zu wollen. Die Verhältnisse im bürgerlichen Rechtsleben sind in dieser Beziehung sich so ziemlich gleich geblieben. Auch heute noch wird irregulär deponirt. Der Krämer, der während der Markttage in die Stadt kommt, um in einer Marktbude seine Waaren zu verkaufen, deponirt einen Teil seines täglichen Erlöses bei einem Wirte, dem das Kleingeld für die Bedürfnisse seiner Wirtschaft gerade willkommen ist. Der Student, der monatlich seine bestimmte Summe Geldes bekommt, lässt sich den Teil, den er momentan nicht braucht, von seiner Hauswirtin aufbewahren. Niemand wird dann etwas besonderes daran finden, wenn die Vermieterin, mit dem Einverständniss ihres Mieters, die zur Deposition hingegebenen Banknoten oder Fünffrankenstücke zu einer Zahlung benützt, um ihr Gold behalten zu können; dasselbe Rechtsverhältniss treffen wir auch oft zwischen Dienstherrn und Dienstboten. In keinem dieser Fälle kann man aber von einem Darlehn mit guten Gründen sprechen.

Zweifelhafter ist die Existenz des depositum irregulare im heutigen Handelsrecht. Das ihm entsprechende Rechtsgeschäft wäre hier das sg. Bankdepositum im technischen Sinne, auch kauf-

männisches Deposit, oder minder correct Deposit zur Benutzung genannt.¹⁾ In Wahrheit kann dieses Geschäft aber ein depositum irregulare oder ein Darlehn sein; welcher von diesen beiden Verträgen jedesmal vorliegt, ist quaestio facti.

Dieses Institut finden wir schon im römischen Recht den Banquiergeschäften der argentarii und nummularii zu Grunde gelegt (l. 24 § 2 red. cred. 42. 5 und l. 7 § 2 dep. 16. 3). Für das Mittelalter können wir dessen Entwicklung ganz gut verfolgen in Scacciae tractatus de commerciis § 1 qu. 7 pars. II. ampl. III. Die wichtigste Rolle aber spielt es im heutigen Handelsrecht. Das Bankdeposit im technischen Sinne bildet die Grundlage des heutigen Girowesens, des Checkverkehrs, der Sparkasseneinlagen etc. Für die Geschäftswelt ist dieses Institut ebenso wichtig und vorteilhaft, als für die Banken.²⁾ Mit Unrecht behauptet desshalb Endemann³⁾, dass dieses Bankdepositum nichts anderes sei als ein Darlehn. Dass dies nicht immer der Fall ist, zeigt sich am deutlichsten bei der fictizischen datio pecuniae, wenn ein Girokontoinhaber bei seinem Banquier ein Lombarddarlehn aufnimmt und nun die Summe, anstatt sie sich herausbezahlen zu lassen, auf seinem Girokonto sich gutschreiben lässt. Hier nun annehmen zu wollen, dass demselben Banquier, bei dem ein Darlehn aufgenommen worden ist, die gleiche Summe sofort wieder dargeliehen worden sei, wäre doch toll; jedesmal aber ein Darlehn für Dritte auf Rechnung des Girokontoinhabers anzunehmen, so oft der Banquier für letztern aus dieser Geldsumme Zahlungen macht, ist auch nicht möglich, da ja die ganze Summe gleich nach Abschluss des Lombardgeschäftes und von dem Tage der Eintragung in das Girokonto an vom Entlehner verzinst werden muss. Es kann also in diesem Falle nur ein depositum irregulare möglich sein.⁴⁾ —

¹⁾ Vgl. *Endemann*: Handbuch f. H.-R. pg. 921. Minder correct, denn auch beim depositum regulare ist eine Erlaubniss zur Benutzung nicht ausgeschlossen. Die Bezeichnung in diesem Sinne von *Otto Hübner*: Die Banken, Leipzig 1854. § 3.³

²⁾ *Hübner* a. a. O. pg. 58. *Berger*: Girowesen pg. 16. ff. 141. ff.

³⁾ *Endemann*: Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. IV. pg. 58 fl.

⁴⁾ Vgl. *Entsch. d. R. G.* XII. pg. 87.

Im Handelsverkehr kennzeichnet sich das depositum irregulare vor dem Darlehn namentlich durch den geringeren Zins.⁵⁾

Endemann führt dies darauf zurück, dass das kaufmännische Depositum nicht vom Depositär verlangt, sondern vom Deponenten angeboten werde, dass dagegen beim Darlehn die Nachfrage des Erborgers in den Vordergrund trete. So bestrickend diese Erklärung im ersten Momente erscheint, so muss sie doch bei näherer Untersuchung als unrichtig zurückgewiesen werden. Bei den Sparkassen namentlich trifft dies nicht zu, hier werden trotz der zahlreichen Angebote von Seite der Sparkasseneinleger verhältnissmässig grosse Zinsen bezahlt. Diesen Instituten rühmt man nach, dass sie die kleinen Capitalien sammeln und den Eigentümern fruchttragend machen. Aber es sind keine eigentlichen Erwerbsgesellschaften, wie Mühlhäuser ⁶⁾ unrichtiger Weise behauptet, wenigstens gewöhnlich nicht, sondern nur dem Interesse des Publikums dienend, bilden sie eine Einrichtung mit rein volkswirtschaftlichen Zwecken. Man kann desshalb auch nicht sagen, dass sie diejenigen sind, welche das Geld suchen, wohl aber die, welche Geld haben, suchen die Sparkassen. Es trifft also zum mindesten das volkswirtschaftliche Gesetz, auf das sich Endemann stützt, nämlich, dass der Preis einer Waare sich richte proportional zur Nachfrage und umgekehrt proportional zu deren Angebot, hier nicht zu in dem Sinne, wie es Endemann angewandt wissen will. Der Fehler liegt aber nicht am Gesetz.

Nehmen wir z. B. zur Untersuchung ein Gelddeposit bei einer Giro-Bank. Für ein solches zahlt die Bank 1 % Zins, manche auch

⁵⁾ Die Bayerische Notenbank und die Bank in Zürich verzinsen gegenwärtig die Guthaben aus einem Girokonto mit 1 %. Die deutsche Reichsbank zahlt keine Zinsen, dagegen offerirt sie spesenfreie Verwaltung der Giroelder. (Bestimmg. üb. den Geschäftsverkehr mit der Reichsbank VI, 10. 1887.)

⁶⁾ *Mühlhäuser* § 20: „Sie würden desshalb, wie die Depositenbanken nur einen geringen Zins zahlen.“ — Unrichtig. Gegenwärtig zahlt die Sparkasse der Zürich. Kantonal-Bank $3\frac{1}{2}$ %, Sparkasse der Stadt Zürich 3 u. 4 %, Konsumverein i. Z. 4 %. Die Bank in Zürich dagegen für Darlehn gegen Obligationen 3 % (vide Jahresbericht 1887). Man sieht, dass die Sparkassen noch mehr Zins zahlen für Gelddepositen, als die Banken für Darlehn geben können. Dies lässt sich nur daraus schliessen, weil die Sparkassen auf einen besondern Gewinn, resp. Erwerb durch ihre Arbeit, verzichten, dagegen die Banken als Erwerbsinstitute dies nicht können.

gar nichts, wie wir bei der Reichsbank gesehen haben. Warum? — Nach Endemann weil es angeboten wird. Nach dem oben citirten volkswirtschaftlichen Gesetz müssten also, je mehr solcher Depositen bei der Bank angeboten würden, umso stärker deren Wert und also auch der Preis, der dafür bezahlt wird, sinken. Dem ist aber nicht so. Durch eine grosse Anzahl von Depositen kann die Bank im Gegenteil viel mehr Geschäfte machen; die Deponirung von Geld kann in solchem Masse geschehen, dass es physisch und technisch unmöglich würde, bei einem allfälligen „run“ sämtliche Capitalien sogleich herauszubezahlen; in Folge dessen gewinnt die Bank für ihre Geschäfte eine grössere Sicherheit, sie kann dieselben weiter ausdehnen und sich so höhern Gewinn verschaffen; die einzelnen Depositen steigen für sie an Wert. In solchen Fällen kann die Bank auch einen höhern Zins zahlen.⁷⁾

Damit scheint zwar das citirte volkswirtschaftliche Gesetz der Unrichtigkeit überführt zu sein; dies ist aber keineswegs der Fall. Es zeigt sich nur, dass dasselbe von Endemann an einem unrichtigen Orte angewandt worden ist. Das Gesetz trifft zu, wo die Nachfrage hinter dem Angebot zurück bleibt, bei dem angeführten Beispiel aber wächst mit dem Angebot auch die Nachfrage, beide bleiben sich immer gleich.

Dasselbe zeigt sich beim Darlehn. Hier ist der Zins gewöhnlich höher als beim Depositum. Nach Endemann, weil dem Gelde nachgefragt wird. Richtig ist, dass wenn die Nachfrage nach *dargeleihenem Geld* stärker wird, auch der Zins grösser wird, als wenn die Nachfrage nach demselben gering ist. Aber auch das Darlehn kann angeboten werden. So sehen wir, dass bei grossen Anleihen des Staates, oder von Communen etc., gewöhnlich mehr gezeichnet wird, als vom Darlehnssucher gewollt ist, dass hier also oft das Angebot die Nachfrage übersteigt, oder zum mindesten derselben gleich bleibt. Wenn nun, wie Endemann annimmt, das depositum irregulare nichts anderes als ein Darlehn wäre, und der Unterschied in der Zinshöhe nur desswegen bestände, weil beim einen Contract

⁷⁾ Als deutliches Beispiel nennen wir die schottischen Banken, welche 1870 einen Betrag von 63½ Mill. Pfund Sterl. an Depositen aufwiesen und 3% Zins dafür bezahlten. Vgl. *Kautsch*: Bank und Börsenwesen. II. Aufl. pg. 60. Stuttgart 1871. *Hübner*: Die Banken. pg. 61. pg. 372 ff. a. a. O.

dem Geld mehr nachgefragt, bei dem andern dasselbe dagegen angeboten werde, so müsste also in dem Momente, wo sich diese beiden Rechtsgeschäfte so einander nähern, dass Angebot und Nachfrage gleich hoch wären, auch bei beiden der Preis des Geldes, also die Zinsen, auf gleicher Höhe stehen. Dies ist aber bei den reinen Geld-Depositen und Darlehn tatsächlich nicht der Fall, und da sich doch an der Richtigkeit des citirten volkswirtschaftlichen Gesetzes nicht zweifeln lässt, so folgt daraus in erster Linie, *dass eben die von Endemann angeführte Ursache betreffs der niedern Zinsen beim handelsrechtlichen depositum irregulare dem Darlehn gegenüber nicht die massgebende sein kann.*

Entgegen Endemann sucht Mühlhäuser⁸⁾ den innern Grund des Unterschieds im Zinsmass in der beliebigen Revocabilität beim depositum irregulare. Dies trifft in einigen Fällen zu, aber nicht überall. Wenn der Deponent von dem Banquier dieselben Zinsen verlangte, die dieser seinen Darlehnsgläubigern zahlt, so würde kaum die Antwort des Banquiers lauten: „Ich brauche eigentlich Ihr Geld nicht, also wenn Ihnen der niedere Zinsfuss nicht behagt, so nehmen Sie's wieder zurück.“ Vielmehr: „Geben Sie mir Sicherheit, dass Sie das Geld innerhalb einer bestimmten Frist nicht zurückverlangen, und dann kann ich Ihnen einen grössern Zins bezahlen.“ Aber Mühlhäuser scheint übersehen zu haben, dass trotz beliebiger Revocabilität Sparkassen z. B. doch einen ziemlich hohen Zins zahlen. Man kann dem zwar entgegen, dass bei den Bankdepositen von der Revocabilität tatsächlich häufig Gebrauch gemacht wird, bei den Sparkassen dagegen nicht, und dass diese desshalb auch mit den eingebrachten Geldern umfangreichere Geschäfte machen könnten. Aber dies ändert an der beliebigen Revocabilität nichts.

Sehen wir nun bei den Darlehnsgeschäften nach, so finden wir, dass auch hier Darlehn mit ganz kurzen Terminen vorkommen, ja es kann Darlehn geben, die auf beliebige Kündigung hin sofort fällig sind, also mit beliebiger Revocabilität wie beim Depositum. Es können diese Darlehn billiger sein (und werden es auch gewöhnlich), aber notwendig ist es nicht. Wer eben ein Darlehn

⁸⁾ Mühlhäuser: a. a. O. pg. 56.

braucht, wird zahlen, was dafür verlangt wird, auch höhere Zinsen, wenn er das Darlehn nirgends billiger bekommt, ohne Rücksicht darauf, dass dasselbe jeden Augenblick fällig gemacht werden kann. Im Gegenteil, je höhern Zins er dafür zahlt, desto sicherer ist der Darlehnsschuldner, dass ihm nicht sobald gekündigt wird.

Es kann also auch die beliebige Revocabilität die Ursache in der Zinsdifferenz nicht sein.

Dieselbe liegt tiefer, in der wirtschaftlichen Bedeutung der beiden Rechtsgeschäfte.

Durch das Darlehn wird das Geld dem Verkehr direkt zugeführt, durch Deposition wird es demselben entzogen. Im letztern Fall trägt es keine Früchte, bleibt todt in der Kasse liegen. In Folge der Gebrauchserlaubniss beim depositum irregulare sind Geldinstitute, wie Banken, Sparkassen etc. in den Stand gesetzt, durch geschickte Combinationen, durch Arbeit, das Geld dem Verkehr wieder zuzuführen. Die Arbeit ist um so schwieriger, oder vielmehr um so weniger ergiebig, je grösser die Wahrscheinlichkeit ist, mit welcher man von der beliebigen Revocabilität Gebrauch machen wird. Die Arbeit, die aber auf dieses wieder in Verkehr bringen des Geldes verwendet wird, will bezahlt sein. Dies geschieht durch die Früchte, die das Geld nun wieder abwirft, resp. durch Abzug eines Theils des höhern Wertes, den das Geld durch Einleiten in den Verkehrsstrom nun wieder erhalten hat. Daher nun der geringe Zins bei den Depositenbanken, die Arbeit ist hier weniger ergiebig, da von der Revocabilität starken Gebrauch gemacht wird und die Bank zudem noch als Erwerbsinstitut über ihre Auslagen hinaus noch einen Gewinn machen will. Daher der grössere Zins bei den Sparkassen, indem diese, neben dem Umstand, dass Gelder weniger oft zurückgezogen werden, als rein volkswirtschaftliche Institute, ohne den Charakter einer Erwerbsgesellschaft, über ihre Auslagen hinaus entweder gar keinen, oder nur geringen Gewinn für ihre Arbeit fordern. Daher tragen auch die Darlehn von Banken an Industrielle einen höhern Zins als die Depositen, sei's dass sie ebenso revocabel sind, wie diese, oder die Wahrscheinlichkeit der Kündigung ebenso gering ist, wie bei den Sparkasseneinlagen.

Kurz, der Unterschied des Zinsmasses zwischen Darlehn und depositum irregulare liegt in der volkswirtschaftlich verschiedenen Be-

deutung, den diese beiden Contracte haben mit Bezug auf ihr Verhältniss zum Verkehrsleben.

Für den Juristen besteht ausser der beliebigen Revocabilität und dem geringern Zinsmass beim heutigen depositum irregulare als dritter Unterschied noch der Ausschluss der Compensation.

Sehen wir nun nach, welchen Standpunkt die uns zunächst stehenden Gesetzgebungen diesem Contract gegenüber einnehmen.

§ 8.

Der code civil.

Das französische Civilgesetzbuch kennt kein depositum irregulare im römisch-rechtlichen Sinne.

Seine Definition des Hinterlegungs-Vertrages in Art. 1915 lautet:

Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder *et de la restituer en nature*.

Und dann Art. 1916:

Il y a deux espèces de dépôt: le dépôt proprement dit, et le séquestre.

Zwar ist auch hier unter gewissen Umständen ein Gebrauch der deponirten Sache möglich, wie aus Art. 1930 ganz deutlich hervorgeht:¹⁾

Il (le dépositaire) ne peut se servir de la chose déposée, sans la permission expresse ou présumée du déposant.

Aber dieser Gebrauch besteht nicht in einem Verbrauch, sondern nur in einem wirklichen Gebrauch, oder höchstens auch

¹⁾ Mit Unrecht spricht hier *Stabel*: Instit. des franz. Civilrechts. Mannheim 1870 pg. 507² von einem depositum irregulare. Wenigstens das Rechtsgeschäft, das man gewöhnlich unter dem depositum irregulare versteht, gehört nicht hieher; denn dieses unterscheidet sich nicht durch die Gebrauchsbefugniss des depositars vom gewöhnl. Depositum, sondern vielmehr: 1) Durch die Fungibilität der deponirten Sache, und 2) dass es im Belieben des Depositars steht entweder tantundem oder idem zurückzugeben.

Abbrauch der deponirten Sache, da nach Art. 1932 ungeachtet einer solchen Erlaubniss auch gemünztes Geld in den nämlichen Stücken zurückgegeben werden muss.

Art. 1932. Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue. — Ainsi, de dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur.

Dadurch nähert sich der Vertrag stark dem Commodat, bleibt aber von diesem dennoch insofern verschieden, als die deponirte Sache, trotz der Gebrauchserlaubniss, zu jeder Zeit zurückgefordert werden kann:

Art. 1944. Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le reclame, lors même que le contract aurait fixé un délai déterminé pour la restitution; etc. —

während der Commodatar nicht gehalten ist, die ihm geliehene Sache vor gemachtem Gebrauch zurückzugeben.

Art. 1888. Le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.

§ 9.

Das deutsche Handelsgesetzbuch.

Dasselbe stellt keine speziellen Bestimmungen auf für das kaufmännische Depositum, sondern hält sich im Allgemeinen an die Grundsätze des bürgerlichen Rechts. Insoweit das Depositionsgeschäft Handelsgeschäft ist, kommen jedoch in Anwendung die allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte in Art. 276—336 H. G. B. Der Vertrag über künftige Deponirung kann formlos geschehen in den Fällen von Art. 317 u. 277 H. G. B.

Entgeltlichkeit ist statthaft und wird, wenn der Depositar Kaufmann und das Depositionsgeschäft in Ausübung des Handelsgewerbes erfolgt, nach Art. 290 praesumirt.

Compensations- und Retentionseinrede sind ausgeschlossen; letztere nach der Ansicht des Reichsgerichts (Entsch. XII. pg. 90.) beim handelsrechtlichen depositum irregulare schon deshalb, weil sie nur an „beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners“ stattfindet. H. G. B. Art. 313 u. 314. Dagegen wäre wohl nach Art. 314² beim depositum regulare ein kaufmännisches Retentionsrecht zulässig,¹⁾ wenn nach Empfang des Depositum der Deponent in Konkurs geraten, derselbe seine Zahlungen eingestellt, oder vollstreckte Execution fruchtlos war.^{1a)} Auch die Zinsverbindlichkeit ohne besondere Abrede ist ausgeschlossen im Gegensatz zum kaufmännischen Darlehn Art. 290², und es fallen die gesetzlichen Kündigungsfristen, die beim letztern gelten, hier weg.

Nach einem allgemeinen Handelsgewohnheitsrecht werden bei Bankdepositen im technischen Sinne auch da zwischen Darlehn und depositum irregulare unterschieden, wo das Landrecht ein vom Darlehn verschiedenes depositum irregulare nicht anerkennt, wie z. B. in den Ländern des französischen Rechts und des allgemeinen preussischen Landrechts.²⁾

§ 10.

Das schweizerische Obligationenrecht.

Die Behandlung des Hinterlegungsvertrages finden wir hier im neunzehnten Titel. Die Definition dieses Vertrages in Art. 475 lautet:

„Durch den Hinterlegungsvertrag verpflichtet sich der Aufbewahrer (Depositär) dem Hinterleger (Deponenten), eine bewegliche Sache, welche dieser ihm anvertraut, zu übernehmen und sie an einem sichern Orte aufzubewahren.“

¹⁾ Vgl. *Endemann*: Handbuch. Bd. III. pg. 900.

^{1a)} Ob in diesen Fällen Compensation beim dep. irreg. möglich, ist streitig. *Goldschmidt* scheint es zu verneinen. (Vorlesungen üb. D. H. R. § 109. Berl. W. S. 1885/86.)

²⁾ Vgl. *Endemann* a. a. O. pag. 900. *Goldschmidt*: Vorl. a. a. O. Entscheidungen des Reichsgerichts XII. 89 u. XI. 319.

„Eine Vergütung kann er nur dann fordern, wenn dieselbe ausdrücklich bedungen worden ist oder nach den Umständen zu erwarten war.“

Wir sehen, dass in dieser Definition das Hauptgewicht auf die Aufbewahrungspflicht des Depositars gelegt wird, von einer Rückgabe in specie, wie in der Definition des code civil Art. 1915, dagegen ausdrücklich nicht die Rede ist. Damit ist nun zugleich depositum regulare und irregulare begrifflich umfasst, indem Rückgabe von tantundem bei Fungibilien von vorneherein dem Begriffe des Vertrages nach nicht ausgeschlossen ist.

Abweichend vom römischen Recht ist hier eine Convention auf Vergütung zulässig.

Der Vertrag ist abgeschlossen schon durch die blosse Uebereinkunft der beiden Parteien, während nach gemeinem und nach französischem Recht Hingabe der Sache zur Aufbewahrung verlangt wird.

Das sg. dep. irregul. speziell behandeln die Art. 484 u. 485.

Art. 484. „Ist Geld mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung hinterlegt worden, dass der Aufbewahrer nicht dieselben Stücke, sondern nur die gleiche Geldsumme zurückzuerstatten habe, so geht Nutzen und Gefahr auf ihn über.“

„Eine stillschweigende Vereinbarung in diesem Sinne ist zu vermuten, wenn die Geldsumme unversiegelt und unverschlossen übergeben wurde.“

Art. 485. „Werden andere vertretbare Sachen oder Wertpapiere hinterlegt, so darf eine solche Vereinbarung nicht aus den Umständen gefolgert werden. Der Aufbewahrer darf über die Gegenstände nur verfügen, wenn ihm die Befugniss vom Hinterleger ausdrücklich eingeräumt worden ist.“

Das schweizerische Obligationenrecht macht also hier einen Unterschied zwischen Geld und andern vertretbaren Sachen, indem es nur bei ersterem eine Vermutung für stillschweigende Gebrauchserlaubniss zulässt. Im Uebrigen anerkennt es die Geltung des depositum irregulare in seinem vollen Umfange, sowohl bei Abmachung, dass nur tantundem zurückzugeben sei, als auch bei sofortiger oder später gegebener Gebrauchserlaubniss.

Der Depositär wird mit dem Moment der Uebergabe Eigentümer der deponirten Sache, und von diesem Moment an trägt er auch Gefahr und Nutzen. Eine Zinsverbindlichkeit ist also ausgeschlossen, auch im Handel, wenn solche nicht bedungen worden (dagegen sind Verzugszinsen zulässig Art. 119.); während nach Art. 330 für das kaufmännische Darlehn auch ohne besondere Verabredung Zinsen verlangt werden können.

Auch für dieses Geschäft gelten, wie beim römisch-rechtlichen depositum irregulare die Regeln des gewöhnlichen Hinterlegungsvertrages: z. B. das Recht jederzeitiger Rückforderung Art. 478 (im Gegensatz zum Darlehn Art. 336.), der Ausschluss der Compensation Art. 132¹ (entgegen Art. 131.), die Eigenschaft einer Holschuld Art. 480 (gegenüber dem Darlehn als einer Bringschuld Art. 84).

§ 11.

Rückblick.

Aus den letzten Paragraphen geht hervor, dass es neuere Gesetzgebungen gibt, welche neben dem Darlehn ein besonderes depositum irregulare nicht anerkennen. Dies ist theoretisch unrichtig. Denn wenn es eine datio fungibler Sachen zur Leihe gibt mit der Abmachung, dass nur tantundem zurückzuzahlen sei, so muss schlechterdings unter derselben Abmachung auch eine datio fungibler Sachen zur Deposition möglich sein. Dabei wird nicht an die einzelnen Stücke gedacht, die ja bei der Rückgabe nicht mehr dieselben sind, sondern nur an den Wert, den diese Stücke darstellen; dieser wird im einen Fall geliehen, im andern deponirt.¹⁾ Daher der Ausschluss der Zinszahlung beim römischen Darlehn und die Möglichkeit einer solchen beim depositum irregulare, daher bei diesem die beliebige Revocabilität, während das Darlehn erst nach (mutmasslichem) Gebrauch zurückgefordert werden konnte;

¹⁾ Der Ausdruck „Verbrauchsleihe“ ist daher eigentlich sprachlich und logisch ein Unding, nach den Ausführungen von *Huschke*: a. a. O. pg. 3. könnte man aber sich versucht fühlen, diese Bezeichnung für das Darlehn anzuwenden.

der Ausschluss der Compensationseinrede im einen und deren Zulässigkeit im andern Fall. Daher auch das Concursprivilegium des Deponenten.

Es sind also die neuern Gesetzgebungen nur consequent, wenn sie, wie das römische Recht, neben dem Darlehn auch ein depositum irregulare besonders gelten lassen.

Ob aber auch practisch? —

Der einzige in allen Fällen sich durchwegs geltend machende Unterschied zwischen den beiden Contracten ist die Compensationseinrede. Die beliebige Revocabilität ist beim Darlehn durch Uebereinkommen ebenso gut möglich, als beim Depositum irregulare (Schweiz. O.-R. Art. 336), und was den Unterschied im Zinsmass anbetrifft, so kann er für die juristische Beurteilung nicht so Ausschlag gebend sein, zudem ist derselbe beim dep. irreg., wie wir gesehen nur relativ geringer, nicht absolut. (Bank-Darlehn gegen Obligo 3 %. Sparkasse 3—4 %).

Auch der innere Unterschied, dass das Depositum im Interesse der Deponenten, das Darlehn im Interesse des Darlehnnempfängers gegeben wird, geniesst keine allgemeine Anerkennung, denn das Depositum wird auch oft ebenso gut im Interesse des Depositars genommen, und das Darlehn wird gewöhnlich vom Darleiher gegeben, um Geld damit zu verdienen.

Was nun den Ausschluss der Compensationseinrede anbelangt, so folgt dieser zwar theoretisch aus dem Begriff des Depositums, dessen Beseitigung wäre aber practisch wünschenswert.

Nehmen wir z. B. an, der Gast, welcher bei seinem Wirte eine Summe Geldes deponirt hat, reist mit seinem Gepäck ab, ohne die Zeche bezahlt zu haben, mit dem Bemerken, er werde bald wieder erscheinen und dann die Rechnung begleichen. Der Wirt lässt ihn ruhig ziehen; denn jener hat ja bei ihm noch Geld liegen. Wenn der fremde Gast nun durch einen Vertreter sein Geld herausverlangt, so kann der Wirt sein Guthaben nicht vorschützen; er erfährt nun vor Gericht, dass bei deponirten Sachen keine Compensation zulässig ist. Der Wirt hat diessmal seine Rechnung ohne den Gast gemacht.

Derselbe Fall ist möglich bei dem erwähnten Mieter.

Dieser lässt seine Sachen vor der Abreise aus dem Zimmer schaffen; die Vermieterin lässt dies ruhig geschehen, trotzdem die Miete noch nicht bezahlt ist; sie denkt sich an das deponirte Geld zu halten. Wie wird sie aber erstaunen, wenn sie sich eines bessern belehrt sieht, bis dahin ist es aber zu spät, Retention an den eingebrachten Sachen auszuüben.

In hundert ähnlichen Fällen werden nur Wenige an die Unverlässlichkeit der deponirten Sache denken; es widerspricht dies eben einem natürlichen Rechtsgefühl.

Durch Verschwinden des depositum irregulare in den neuern Gesetzgebungen würde zwar dieser Uebelstand nicht ganz gehoben, denn die Compensationseinrede müsste immer noch als Begriffswidrig beim regulären Depositum ausgeschlossen werden, aber derselbe würde doch beschränkt auf den eben angeführten Contract.

Diese vorgebrachten Gesichtspunkte machen die Unterscheidung von depositum irregulare und Darlehn vom Standpunkt des Hinterlegungsvertrages und des Leihvertrages aus für die neuere Gesetzgebung nicht opportun, daher auch die vielen Versuche, das irreguläre Depositum als nichts anderes denn als Darlehn zu erklären; was wie bereits bemerkt, theoretisch und logisch unrichtig ist.

Einen zutreffenderen Versuch hat Heimbach¹⁾ gemacht, indem er im Darlehn und depositum irregulare nichts anderes sah, als eine datio fungibler Sachen, welche ein creditum wirkt. Fehlerhaft war nur, dass er diesen Standpunkt auch für das römische Recht einnahm, während dort diese beiden Rechtsgeschäfte einzig vom Standpunkt der Leihe und der Hinterlegung aus richtig beurteilt werden können.

Für die neuere Gesetzgebung aber ist der Standpunkt des creditums massgebend, *Darlehn und depositum irregulare sind heute nichts anderes als ein Creditvertrag*, wenn wir ihn so nennen wollen, mit kürzerer oder längerer Kündigungsfrist, grösserem oder geringerem Zinsmass, je nach Abkommen. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, ist auch die Compensationseinrede nichts Begriffswidriges.

¹⁾ Heimbach: Lehre vom creditum pg. 431 ff.

Christ. Loeblein

Witzig, Walter

Zur Lehre vom depositum irregulare

1888

J.rom.m. 539 q

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637946-9